

WIRTSCHAFTSSUBVENTIONEN

unter besonderer Berücksichtigung des
Sozialstaatsprinzips, des Gleichheitssatzes,
des Gesetzmäßigkeitsprinzips
und der Rechtsformen

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

Wolf Eichner

1972



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554401_0032

WIRTSCHAFTSSUBVENTIONEN

**unter besonderer Berücksichtigung des
Sozialstaatsprinzips, des Gleichheitssatzes,
des Gesetzmäßigkeitsprinzips
und der Rechtsformen**

Dissertation
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Wolf Eichner

WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

unter besonderer Berücksichtigung der
Sozialökonomik, des Gleichgewichtes
des Gesamtgesellschafts-
und der Rechtsformen



Erstberichterstatter: Prof. Dr. Peter Schneider
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Hubert Armbruster
Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juli 1972

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Wolfgang Eickhoff

G l i e d e r u n g

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel	
Überblick über die Wirtschafts- subventionen	3
I. Arten der Subventionen	3
Vorbemerkung	3
1. Verlorene Zuschüsse	4
2. Kredite	5
a) Unmittelbare Kredite	7
b) Mittelbare Kredite	7
3. Bürgschaften und Gewährleistungen	8
4. Realförderungen und öffentliche Aufträge	9
5. Finanzausgleich	11
II. Einteilung der Wirtschaftssubventionen nach sonstigen Gesichtspunkten	11
1. Nach der Art der Gewährung	11
a) Direkte Subventionen	11
b) Indirekte Subventionen	12
2. nach dem Förderungszweck	13
a) Schadenssubventionen	13
b) Förderungssubventionen	13
c) Strukturerhaltende Subventionen	14
d) Strukturändernde Subventionen	15
e) Preissubventionen	15
2. Kapitel	
Der Rechtsbegriff der Wirtschaftssubvention	16
I. Voraussetzungen der Begriffsklärung	16
1. Wirtschaftssubventionen als Leistungsverwaltung	16
2. Wirtschaftssubventionen als Mittel der Verwaltung	18
II. Der verfassungsrechtliche Begriff als entscheidendes Kriterium	22

	Seite
3. Kapitel	
Die Wirtschaftssubventionen und das Verfassungsrecht	25
I. Verfassungsrechtliche Ermächtigungen zu Wirtschaftssubventionen	26
1. Artikel 9 GG	26
2. Artikel 74 Nr. 11 GG	26
3. Artikel 115 GG	27
4. Das Sozialstaatsprinzip	28
a) Der soziale Rechtsstaat	28
b) Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Subventionierung der Wirtschaft	34
II. Die Wirtschaftssubventionen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips	39
1. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip und die Vergabe von Wirtschaftssubventionen	40
a) Kriterien für die Rechtfertigung des Gesetzesvorbehalts	43
aa) Die Wirtschaftslenkung mit ihren eingriffsmäßigen Folgen	43
bb) Die Wirtschaftsgruppen	48
cc) Das Argument des Art. 113 GG	50
dd) Das Verbot staatlicher Geschenke	50
b) Das förmliche Gesetz	51
aa) Das Gewaltenteilungsprinzip	52
bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	54
cc) Bestimmtheit, Abstraktheit und Dauer des Gesetzes	55
dd) Das Publizitätsprinzip	56
c) Art. 80 GG	57
d) Haushaltsgesetz und Haushaltsplan, einfache Parlamentsbeschlüsse, etatmäßige Bereitstellung der Mittel und Globalermächtigungen	58

	Seite
2. Die Beachtung der grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte	59
a) Art. 2 Abs. 1 GG	59
b) Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG	62
aa) Absolute und relative Gleichheit	62
bb) Das Willkürverbot	64
cc) Die Selbstbindung	66
dd) Ergebnis	68
c) Art. 12 GG	68
d) Art. 14 GG	69
4. Kapitel	
Beurteilung der Rechtsformen der Wirtschaftssubventionen	72
I. Die verschiedenen Theorien	73
1. Die privatrechtliche Rechtsform	73
2. Die gemischten Rechtsformen	75
a) Die Zweistufentheorie	76
b) Die einstufige Konstruktion	77
3. Die öffentlich-rechtliche Konstruktion	78
a) Der Verwaltungsakt	79
b) Der verwaltungsrechtliche Vertrag	80
aa) Abgrenzung	80
bb) Anwendung im Wirtschaftssubventionsrecht	83
II. Die Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen Konstruktion für Wirtschaftssubventionen: Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag	84
1. Die Möglichkeit des Nebeneinanders	84
2. Aufgliederung nach Subventionsarten und ihre Zuteilung zu den beiden Rechtsformen	84
5. Kapitel	
Rechtsschutzfragen	87
Zusammenfassung	91

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- APELT, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
AöR 84 (1959), 249 ff
(zit. Vertrag)
- BACHOF, Otto Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaates, VVDStRL 12, 37 ff
(zit. Rechtsstaat)
- Derselbe Beurteilungsspielraum, Ermessen
und unbestimmter Rechtsbegriff
im Verwaltungsrecht, JZ 55, 97 ff
(zit. Beurteilungsspielraum)
- BADURA, Peter Die Daseinsvorsorge als Verwal-
tungszweck der Leistungsverwal-
tung und der soziale Rechtsstaat
DÖV 66, 624 ff
(zit. Daseinsvorsorge)
- BALLERSTEDT, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht, in:
Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie und Praxis der Grundrech-
te. Hrsg. v. Franz Neumann, Karl
August Bettermann, Hans Carl Nip-
perdey u. Ulrich Scheuner, Berlin
1956 - 1962, Bd. III/1 (1958)
(zit. Wirtschaftsverfassungsrecht
nach Bd., Halbbd., Seite)
- BEINHARDT, Gerd Der öffentlich-rechtliche Vertrag
im deutschen und französischen
Recht, Verwaltungs-Archiv 55,
151 ff u. 210 ff
(zit. Öff. rechtl. Vertrag)
- BELLSTEDT, Christoph Bedürfen Subventionen gesetzlicher
Grundlage? DÖV 61, 161 ff
(zit. Subventionen)
- BENDA, Ernst Die aktuellen Ziele der Wirt-
schaftspolitik und tragenden
Grundsätze der Wirtschaftsver-
fassung, NJW 67, 849
(zit. Wirtschaftspolitik)

- BENDER, Bernd Der Rechtsweg bei Klagen gegen Auftragssperren der öffentlichen Hand, JuS 62, 178 ff (zit. JuS 62, 178 ff)
- BÜCKENFÜRDE, Ernst-Wolfgang Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957 (zit. Gleichheitssatz)
- BULLINGER, Martin Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962 (zit. Vertrag und VA)
- CZERMAK, Fritz Gesetzmäßigkeit der Subventionierung, NJW 61, 1760 (zit. Gesetzmäßigkeit der Subventionierung)
- DAHLINGER, Erich Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch in der Leistungsverwaltung? DÖV 66, 818 ff (zit. Verhältnismäßigkeit in der Leistungsverwaltung)
- DÜRIG in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München und Berlin 1958, Bd. I (zit. GG I)
- EPPE, Franz Subventionen und staatliche Geschenke. Begriffliche Abgrenzung und verwaltungsrechtliche Bedeutung. Diss. jur. Münster 1966, in: Verwaltung und Wirtschaft, Heft 34 (zit. Subventionen)
- EYERMANN-FRÖHLER Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München und Berlin 1965 (zit. VwGO)
- FECHNER, Erich Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 174, Tübingen 1953, 8. 3 bis 23 (zit. sozialer Rechtsstaat)

- FLEHINGHAUS, Wolfgang Die Bundesfondsverwaltung, Diss. jur. München 1962
(zit. Bundesfondsverwaltung)
- FLESSA, Richard Das Wesen der Staatsbürgerschaft, NJW 54, 538
(zit. Staatsbürgerschaft)
- Derselbe Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsaktes, DVBl. 57, 81 ff, 118 ff
(zit. Schuldverhältnisse)
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1961
(zit. Verwaltungsrecht)
- Derselbe Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
(zit. Rechtsfragen)
- Derselbe Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963
(zit. Auftraggeber)
- Derselbe Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 8 ff
(zit. Rechtsstaat)
- FRIAUF, Karl Heinrich Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl. 66, 729 ff
(zit. Subventionswesen)
- Derselbe Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, Tübingen 1966
(zit. Steuergesetze)
- FURTWÄNGLER, Eckart Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers an den Gleichheitssatz und andere Grundrechte, Diss. jur. Hamburg 1967
(zit. Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers)

- GERBER, Hans Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), 1 ff
(zit. Die Sozialstaatsklausel)
- GIACOMETTI, Z. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich 1960
(zit. Verwaltungsrecht)
- GÖTZ, Volkmar Recht der Wirtschaftssubventionen, München und Berlin 1966
(zit. Wirtschaftssubventionen)
- GUNDLACH, Hans-Jürgen Subventionen als Mittel der Wirtschaftspolitik, Berlin und Frankfurt 1965
(zit. Subventionen)
- HAMANN, Andreas Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 63, 486 ff
(zit. Subventionsrecht)
- Derselbe Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953
(zit. Rechtsstaat)
- Derselbe Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 53, 865 ff
(zit. Kredite)
- HANSMEYER,
Karl-Heinrich Subventionen in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1963
(zit. Subventionen)
- HENZE, Karl-Otto Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Diss. jur. Heidelberg 1955 und Heidelberg 1958 (nach letzterem zitiert)
(zit. Verw. rechtl. Probleme)
- HESSE, Konrad Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951/52), 167 ff
(zit. Gleichheitsgrundsatz)

- HESSE, Konrad Der Rechtsstaat im Verfassungs-
system des Grundgesetzes. Staats-
verfassung und Kirchenordnung,
Festschr. f. Rudolf Smend zum 80.
Geburtstag, Tübingen 1962, S. 71 - 95
(zit. Der Rechtsstaat im Verfassungs-
system)
- HUBER, Ernst-Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsver-
fassungsrecht, DöV 1956, 97 ff,
135 ff, 172 ff, 200 ff
(zit. Wirtschaftsverfassungsrecht)
- Derselbe Wirtschaftsverwaltungsrecht I,
Tübingen 1953, 2. Aufl.
(zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht I)
- Derselbe Wirtschaftsverwaltungsrecht II
Tübingen 1954
(zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht II)
- Derselbe Rechtsstaat und Sozialstaat in der
modernen Industriegesellschaft,
E.-R. Huber, Nationalstaat und Ver-
fassungsstaat, Studien zur Geschichte
der modernen Staatsidee, Stuttgart
1965, S. 249 - 272
(zit. Rechtsstaat und Sozialstaat)
- IMBODEN, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
Basel 1958
(zit. Vertrag)
- Derselbe Das Gesetz als Garantie rechts-
staatlicher Verwaltung, Basel 1954,
2. Aufl.
(zit. Gesetz)
- IPSEN, Hans Peter Öffentliche Subventionierung
Privater, 1956
(zit. Subventionierung)
- Derselbe Rechtsfragen der Investitionshilfe,
AöR 78 (1952/53), 284 ff
(zit. Investitionshilfe)

- IPSEN, Hans-Peter Gleichheit, in: Die Grundrechte, Bd. II, Hrsg. v. Neumann-Nipperdey u. Scheuner, Berlin 1954 (wie oben zitiert nach Bd., Halbbd. u. Seite) (zit. Gleichheit)
- Derselbe Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25, 257 ff (zit. Subventionen)
- Derselbe Konstruktionsfragen der Getreide-einfuhrlenkung, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 593 ff (zit. Konstruktionsfragen)
- JANKNECHT, Hans Rechtsformen von Subventionierungen, Diss. jur. Münster 1964 (zit. Rechtsformen)
- JESCH, Dietrich Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961 (zit. Gesetz)
- KIMMINICH, Otto Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hrsg. v. B. Dennewitz, fortgeführt v. K.G. Wernicke u.a., Hamburg 1950 und folgende, 2. Aufl., zu Art. 14 (zit. Bonner Kommentar)
- KÖTTGEN, Arnold Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 53, 485 ff (zit. Subventionen)
- Derselbe Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, Stuttgart, Berlin 1965 (zit. Fondsverwaltung)
- KOHLMANN, Günter Das subjektiv-öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 34, Berlin 1964 (zit. Ermessensgebrauch)

- KOPP, Ferdinand O. Die Grenzen richterlicher Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung, DöV 66, 317 ff (zit. richterliche Nachprüfung)
- KRISCHER Die Subventionen der deutschen Bundesländer 1961 - 1966; in: Berichte des Deutschen Industrieinstituts, Neue Folge, Nr. 5 (zit. "Berichte")
- KRÜGER, Herbert Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 55, 380 ff, 450 ff, 518 ff (zit. Auflage)
- KÜCHENHOFF, Günther Gleichheit und Ungleichheit im Verfassungsrecht, JR 59, 281 ff (zit. Gleichheit)
- LEIBHOLZ, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., München 1959 (zit. Gleichheit)
- Derselbe Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl. 51, 193 ff (zit. Gleichheit und GG)
- LEIBHOLZ/RINCK Grundgesetz, Köln 1966 (zit. GG)
- MALLMANN, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, 165 ff (zit. VVDStRL 19, 165 ff)
- Derselbe Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, Berlin und Frankfurt 1966, 2. Aufl.
- v. MANGOLDT-KLEIN Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, Berlin und Frankfurt 1957 (zit. GG I)
- Dieselben Das Bonner Grundgesetz, Bd. II, Berlin und Frankfurt 1964 (zit. GG II)

- MAUNZ, Theodor Staatsrecht, 11. Aufl., München
und Berlin 1962
(zit. Staatsrecht)
- Derselbe Die staatliche Verwaltung der Zu-
schüsse und Subventionen, BayVBl.
62, 1 ff
(zit. Staatliche Verwaltung)
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz-Kommentar, Bd. I,
München und Berlin 1966
(zit. GG I)
- Dieselben Grundgesetz-Kommentar, Bd. II,
München und Berlin 1966
(zit. GG II)
- MAYER, Franz Das verfassungsrechtliche Gebot
der gesetzlichen Ermächtigung,
in: Festschrift für H. Nottarp,
1961, S. 187 ff
(zit. verfassungsrechtl. Gebot)
- Derselbe in: Verwaltung, Eine einführende
Darstellung, Berlin 1965
(zit. Verwaltung)
- MENGER
Christian-Friedrich Der Begriff des sozialen Rechtsstaats
im Bonner Grundgesetz, in: Recht
und Staat, Nr. 173, Tübingen 1953
(zit. sozialer Rechtsstaat)
- Derselbe Die Bestimmung der öffentlichen
Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln
und Formen des Verwaltungshandelns,
DVB1. 60, 297 ff
(zit. Verwaltungshandeln)
- MERTENS, Hans-Joachim Die Selbstbindung der Verwaltung auf
Grund des Gleichheitssatzes,
Hamburg 1963
(zit. Selbstbindung)
- MÖLLER, Ferdinand Gemeindliche Subventionsverwaltung,
Köln 1963
(zit. Subventionsverwaltung)

- MÖRTEL, Georg Der öffentlich-rechtliche Vertrag
und das Legalitätsprinzip,
BayVBl. 65, 217 ff
(zit. Vertrag und Legalitätsprinzip)
- v. MÜNCH, Ingo Die Bindung des Gesetzgebers an den
Gleichheitssatz bei der Gewährung
von Subventionen, AöR 85 (1960),
270 ff
(zit. Gleichheitssatz)
- NEUMANN, Peter Wirtschaftslenkende Verwaltung
(Rechtsformen - Bindung - Rechts-
kontrolle) Stuttgart 1959
(zit. Wirtschaftslenkende Verwaltung)
- PETERS, Hans Verwaltung ohne gesetzliche Ermächti-
gung?, in: Verfassungsrecht und Ver-
fassungswirklichkeit, Festschrift
für Hans Huber, Bern 1961, S. 206 ff
(zit. Verwaltung)
- REUSS, Wilhelm Wirtschaftsverwaltungsrecht I,
Bd. VIII, 1. Halbbd. der Verwaltungs-
gesetze des Bundes und der Länder,
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
(zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht I)
- RÜFNER, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im
Bereich der Wirtschaft. Untersuchun-
gen zum Problem der leistenden Ver-
waltung, Berlin 1967
(zit. Öff. Verwaltung)
- RUPP, Hans-Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungs-
rechtslehre, Tübingen 1965
(zit. Verwaltungsrechtslehre)
- SCHAUMANN, Wilfried Gleichheit und Gesetzmäßigkeits-
prinzip, JZ 66, 721 ff
(zit. Gleichheit)
- SCHEUNER, Ulrich Die staatliche Intervention im Be-
reich der Wirtschaft, VVDStRL 11, 1 ff
(zit. Intervention)
- SCHILLING, Karl-Jürgen Rechtsfragen der Fondswirtschaft,
BayVBl. 62, 196
(zit. Fondswirtschaft)

- SCHINDLER, Dietrich Die Bundessubventionen als Rechtsproblem, Aarau 1952
(zit. Bundessubventionen)
- SCHNEIDER, Peter Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat, Mainz 1970
(zit. Gewaltenteilung)
- Derselbe Widerstandsrecht und Rechtsstaat in: Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat, Mainz 1970
(zit. Widerstandsrecht und Rechtsstaat)
- Derselbe In dubio pro libertate, in: Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat, Mainz 1970
(zit. pro libertate)
- Derselbe Pressefreiheit und Staatssicherheit, Mainz 1968
(zit. Pressefreiheit)
- SCHÜLE, Adolf Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, VVDStRL 11, 75 ff
(zit. Intervention)
- SIEBERT, Wolfgang Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermayer, Göttingen 1953, S. 236 ff
(zit. Privatrecht)
- STERN, Klaus Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 60, 518 ff, 557 ff
(zit. Rechtsfragen)
- Derselbe Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verwaltungsarchiv 49, 106 ff
(zit. Grundlegung einer Lehre)
- Derselbe Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DöV 61, 325
(zit. Gedanken)

- VÖLKER, Max Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit
und die Leistungsverwaltung,
Diss. jur. Münster 1960
(zit. Leistungsverwaltung)
- VOGEL, Klaus Gesetzgeber und Verwaltung,
VVDStRL 24, 125 ff
(zit. Gesetzgeber)
- WEBER, Werner Die verfassungsrechtlichen Grenzen
sozialstaatlicher Forderungen,
Staat 4 (1965), S. 409 ff
(zit. verfassungsrechtliche Grenzen)
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht I, 6. Aufl.,
München und Berlin 1965
(zit. Verw. Recht I)
- Derselbe Verwaltungsrecht III, München und
Berlin 1966
(zit. Verw. Recht III)
- ZACHER, Hans F. Verwaltung durch Subventionen,
VVDStRL 25, 308 ff
(zit. Subventionen)
- Derselbe Aufgaben einer Theorie der Wirt-
schaftsverfassung, S. 63 ff, in:
Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung,
Festschr. zum 70. Geburtstag von
Franz Böhm, Karlsruhe 1965
(zit. Theorie der Wirtschaftsver-
fassung)
- ZEIDLER, Karl Einige Bemerkungen zum Verwaltungs-
recht und zur Verwaltung in der Bun-
desrepublik seit dem Grundgesetz,
Staat 1 (1962), S. 321 ff
(zit. Bemerkungen)
- ZUCK, Rüdiger Die globalgesteuerte Marktwirtschaft
und das neue Recht der Wirtschafts-
verfassung, NJW 67, 1301 ff
(zit. Marktwirtschaft)

ZULEEG, Manfred

Die Rechtsform der Subventionen,
1965
(zit. Rechtsform)

Finanzbericht 1966, Bonn, Herausgegeben vom Bundes-
ministerium der Finanzen (einschließlich: Die sichtbaren
Finanzhilfen des Bundes 1966)

Finanzbericht 1967, Bonn, Herausgegeben vom Bundes-
ministerium der Finanzen

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	anderer Ansicht, Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886) (zit. nach Band und Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (seit 1955)
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift seit 1946)
bes.	besonders
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen (zit. nach Band und Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Diss. jur.	juristische Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift seit 1947)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift seit 1950)
DVO	Durchführungsverordnung
E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichtes (zit. nach Band und Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
G	Gesetz(e)
GB1.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik vom 23. Mai 1949
h. L.	herrschende Lehre
Hrsg.	herausgegeben
insbes.	insbesondere
JR	Juristische Rundschau

JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift seit 1961)
JZ	Juristenzeitung (seit 1951)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (seit 1947)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
öff. rechtl.	Öffentlich-rechtlich
RdNr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
SaBl.	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder (seit 1950)
S.	Seite
Staat	Der Staat. Zeitschrift für Staats- lehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (seit 1962)
u.	und
u. ä.	und ähnlich(es)
u. a.	und andere
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924) (zit. nach Heft und Seite)
VO	Verordnung
VA	Verwaltungsakt
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	(Bundes) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (SaBl. 173)
verw. rechtl.	verwaltungsrechtlich
v.	von
Vorbem.	Vorbemerkung
Z.	Zeitschrift
zit.	zitiert
z. B.	zum Beispiel

Einleitung

Der Staat sieht sich einer konstant steigenden Flut von Subventionswünschen gegenübergestellt, von deren Erfüllung oder Ablehnung maßgebliche Aufgaben, bzw. Entscheidungen abhängen. Trotz der im Laufe der Jahre stetig gewachsenen Bedeutung der Subventionen, die rechtlich sowohl nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts als auch des Staatsrechts zu beurteilen sind, hat der Bereich der Subventionen bislang keinen festen Platz in der Verfassungsordnung gefunden.

Die Subventionen wurden in neuerer Zeit insbesondere aus verwaltungsrechtlicher Sicht betrachtet. Der Ursprung dieses Denkens mag in der Tatsache begründet sein, daß den modernen Verfassungen zu ihrem Entstehungszeitpunkt staatliche Leistungen dieser Form unbekannt waren¹⁾. Die Ignoranz gegenüber der "neuen Verwaltungswirklichkeit"²⁾ hat die rechtzeitige Aufnahme des Subventionsrechts in Verfassungstexte verhindert³⁾. Auch die Schöpfer des Grundgesetzes haben es hinsichtlich dieses Problemkreises unterlassen, der Wandlung von der historischen Betrachtungsweise des Dualismus Staat und Gesellschaft zu dem Gedanken des modernen demokratischen sozialen Rechtsstaats die notwendige Beachtung zu zollen.

Hierdurch konnte sich die moderne Verwaltung gerade auf dem Gebiet der Wirtschaftssubventionen immer wieder den Bindungen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entziehen⁴⁾. Diese Erkenntnis hat einerseits dennoch nicht die Beseitigung der Diskrepanz zwischen Verwaltungsrecht und Verwaltungswirklichkeit bewirkt⁵⁾; andererseits gibt das Grundgesetz allenfalls Hinweise auf die Rechtmäßigkeit von Subventionen im allgemeinen, der Wirtschaftssubventionen im besonderen⁶⁾.

1) Forsthoff, Rechtsfragen, S. 52; Jesch, Gesetz, S. 102 ff; Köttgen, Subventionen, S. 485 f.

2) Köttgen, Subventionen, S. 485.

3) Forsthoff, a.a.O., S. 52; Köttgen, a.a.O., S. 485 f.

4) Vgl. Scheuner, Intervention, Leitsatz 21.

5) Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 132; zu dem Spannungsverhältnis zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit vgl. die Ausführungen von Schneider, Gewaltenteilung, S. 199 ff; siehe auch Friauf, Subventionswesen, S. 729.

6) z.B. das auf die Art. 20 I und 28 I GG gegründete Sozialstaatsprinzip oder Art. 74 Nr. 11 GG

Die bestehende Rechtslage wird der tatsächlichen Lage nicht gerecht, zumal in der deutschen Wirtschaftspolitik der Nachkriegszeit die Subventionen im Staatshaushalt eine Größenordnung erreicht haben, welche lediglich durch das Steueraufkommen übertroffen wird.¹⁾ Ein solch wesentlicher Bestandteil des Etats bedarf der Regelung durch den Gesetzgeber, zumal auch leistungsgewährende Staatstätigkeit neben den offenliegenden Begünstigungen beträchtliche Belastungen hervorzurufen vermag.²⁾

Die gesetzgeberische Arbeit jedoch wurde sowohl auf Verfassungsebene als auch auf dem Gebiet formellen Gesetzesrechts hinsichtlich des gewachsenen und bestehenden Subventionswesens vernachlässigt.

Die vorliegenden Arbeit soll vor allem verfassungsrechtliche Aspekte betrachten, daneben einen Teil der sonstigen umstrittenen (auch verwaltungsrechtlichen) Problemkreise der Wirtschaftssubventionen behandeln. Verstärkte Aufmerksamkeit soll sowohl den Rechtsformen und Wirkungen der Wirtschaftssubventionen als auch ihren vielfältigen Berührungspunkten mit dem Gleichheitsgrundsatz und dem Sozialstaatsprinzip gewidmet werden. Nicht zuletzt aus diesen Erwägungen wird unter Berücksichtigung der Gesetzmäßigkeit der Wirtschaftssubventionen der Gesetzesvorbehalt in den Vordergrund der Betrachtung gestellt.

1) Rübner, *Öff. Verwaltung*, S. 194;

Schüle, *Intervention*, S. 95.

2) Friauf, *Subventionswesen*, S. 734,
mit weit. Nachweisen; Rupp, *Verwaltungsrechtslehre*,
S. 129 ff, mit einer Zusammenstellung der Meinungen.

1. KAPITEL

Überblick über die Wirtschaftssubventionen

I. Arten der Subventionen

Vorbemerkung:

Die Arten der Subventionen sind vielfältig. Sie setzen sich aus verlorenen Zuschüssen, verschiedenen Arten von Krediten, Bürgschaften und Gewährleistungen sowie den als Subventionen umstrittenen Realförderungen zusammen. Diese Subventionsarten können wiederum untereinander gemischt und vermischt zur Aus-
teilung gelangen. Es ist Sache des Staates, festzulegen, welche besondere Leistungsart den von ihm geförderten Anliegen am ehesten gerecht wird. Eine wichtige Orientierungshilfe bietet hierbei der angestrebte Subventionszweck.

Entscheidend ist die Form der Vergabe, denn nach ihr richtet sich die "Gegenleistung" des Subventionsempfängers und schließlich auch dessen Kontrolle durch den Staat sowie die Abwicklung des Subventionsverhältnisses. Das mit der Gewährung der Subventionen angestrebte Ziel kann in vielen Fällen einfacher erreicht werden, wenn die Subventionen mit Auflagen, denen der Empfänger zu entsprechen hat, verbunden werden¹⁾. Allerdings sind Auflagen nicht immer zulässig: Sie müssen einen Beitrag zur Zweckverwirklichung garantieren und dürfen nicht nur die Durchsetzung sachfremder oder auf gesetzlichem Wege nicht erreichbarer Zwecke beinhalten²⁾. Nachträglich dürfen Auflagen nur dann hinzugefügt werden, wenn Subventionen unter einem Widerrufsvorbehalt vergeben werden (oder ein Widerruf in Betracht käme). Die Auflage ermöglicht für die subventionierende Verwaltung eine Vielzahl von Einwirkungsmöglichkeiten. Durch Auflagen bewegt sich die gewäh-

1) Vgl. hierzu Völker, Leistungsverwaltung, S. 116 f.

2) Vgl. Zuleeg, Rechtsform, S. 74; Friauf, Subventionswesen, S. 737 f. Beispielsweise sollten nur neutrale Stellen, wie Treuhandgesellschaften, zu Prüfungen hinsichtlich der Subventionswürdigkeit vorgesehen werden. Vielfach wird diese Aufgabe von Banken wahrgenommen, denen dadurch in ihrer Eigenschaft als Geschäftspartner des betreffenden Unternehmers ein ungerechtfertigter Einblick in die unternehmerische Interessensphäre des Subventionsempfängers eröffnet wird. Persönliche Freiheitsrechte und solche der Berufsausübung könnten hierdurch tangiert werden.

rende Verwaltung wieder in Richtung der eingreifenden¹⁾ Auflagen, die mit staatlichen Leistungen verbunden sind, bedürfen üblicherweise keiner Grundlage im Gesetz. Dies gilt nach herrschender Meinung aber nur so lange, als die staatliche Zuwendung in ihrer Wirkung die Auflage übertrifft, sich für den Begünstigten am Ende also noch ein Vorteil ergibt. Sollte sie den Rahmen der für den Empfänger günstigen Wirkung sprengen, so liegt keine Subvention vor²⁾. Dann müßte die belastende Nebenbestimmung auf Grund gesetzlicher Vorschriften ergangen sein.

Die Auflage wird für den Subventionsempfänger verbindlich, wenn er die staatliche Leistung für sich in Anspruch nimmt³⁾. Kommt er dann der Auflage nicht nach, kann entsprechend den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die staatliche Leistung widerrufen werden, denn dieser Fall muß anderen Widerrufsmöglichkeiten gleichgestellt werden⁴⁾. Zwischen Auflage und Begünstigung besteht also ein innerer sachlicher Zusammenhang⁵⁾.

Auflagen als wesentliche Nebenbestimmungen von Subventionen nehmen somit einen festen Platz in der Leistungsverwaltung ein und dürfen zum Zwecke der Förderung des Gemeinwohls den staatlichen Begünstigungen beigelegt werden⁶⁾.

1. Verlorene Zuschüsse

Verlorene Zuschüsse sind meist in Geld gewährte, aber auch geldeswerte Zuwendungen ohne Rückzahlungsverpflichtung. Unter geldeswerten Zuwendungen können Lieferungen zu verbilligten Preisen, bei denen die Preisdifferenz aus öffentlichen Mitteln gedeckt wird, Zinszuschüsse und Entschuldungsaktionen gezählt werden⁷⁾. Üblicherweise unterliegen verlorene Zuschüsse rein öffentlich-rechtlicher Regelung, bei der ein gesonderter Vertragsschluß über die Auskehrung der Subventionen nicht mehr

1) Krüger, Auflage, S. 387.

2) Derselbe, Auflage, S. 451.

3) Ebenso OVG Saarland DÖV 59, 708 ff, 709; Krüger, a.a.O., S. 454.

4) Krüger, Auflage, S. 456 f; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 197 ff.

5) Krüger, a.a.O., S. 518.

6) Ausführlich zu der Gesamtsystematik der Auflagen mit weit. Nachweisen Krüger, a.a.O.

7) Ipsen, Subventionierung, S. 47 f; Zuleeg, Rechtsform, S. 20; Janknecht, Rechtsformen, S. 8 f.

stattfindet. Mit der Anerkennung der Vergabebedingungen sowie der Bereitschaft, sich ihnen zu unterwerfen, erhält der Bewerber nach Überwiegender Meinung ein subjektiv-öffentliches Recht auf Auszahlung des verlorenen Zuschusses¹⁾.

Verlorene Zuschüsse erscheinen im Vergleich zu Krediten, Bürgschaften und Realförderungen als die wohlwollendste Art staatlicher Leistungen. Subventionen in Form des verlorenen Zuschusses können als "unentgeltlich"²⁾ bezeichnet werden. Der Staat hat jedoch im allgemeinen kein Recht zu Geschenken³⁾, und deswegen werden auch verlorene Zuschüsse nur zur Erreichung eines im besonderen öffentlichen Interesse liegenden Zieles vergeben.

Verlorene Zuschüsse verbinden sich für den Empfänger nicht mit einer belastenden Rückzahlungs-, bzw. Zinspflicht, wenn sie auch nicht unbedingt in die Zukunft hineinreichen. Deswegen wird aber auch von dem der Verwaltung zustehenden Recht, Subventionen mit Auflagen zu verbinden⁴⁾, bei den verlorenen Zuschüssen besonders häufig Gebrauch gemacht. Allerdings kann der Empfänger bei Erfüllung der staatlichen Forderungen letzten Endes die hierfür angesetzten Zuwendungen nach seinem Belieben verwenden.

2. Kredite

Subventionen in Form von Krediten stellen keine marktmäßige Kreditvergabe, wie sie auch von staatlichen Banken und anderen Kreditinstituten betrieben wird, dar. Auch diese Subventionsart dient, im Gegensatz zu der Meinung Henzes⁵⁾, durchaus öffentlichen Zwecken: Es handelt sich nämlich um keine "staatskapitalistische Betätigung"⁶⁾, vielmehr sollen private Unternehmer

-
- 1) Siehe Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 99; Über die Rechtsnatur verlорerener Zuschüsse und die Vergabebedingungen vgl. u. 4. Kap. I 3 a.
 - 2) So Wolff, Verw.Recht III, S. 216, und Henze, verw.rechtl. Probleme, S. 29, für viele andere. Ein Ausdruck, der allerdings irreführend ist, weil er am Kern der Subventionierung vorbeigeht: Dieser liegt eben gerade in der besonderen staatsdienstlichen Tätigkeit des Empfängers.
 - 3) Köttgen, Subventionen, S. 487; Ipsen, Subventionierung, S.20, 33 f; v.Münch, Gleichheitssatz, S. 270 ff, 290; Zeidler, Bemerkungen, S. 335; BGH NJW 56, 746 ff.
 - 4) Siehe oben: Vorbemerkung.
 - 5) Henze, a.a.O., S. 33 f.
 - 6) Dazu bieten sich dem Staat ganz andere Möglichkeiten, die er in dieser Form auch durch seine eigenen Banken wahrnimmt.

auf diese Weise gefördert werden. Der Staat verbindet mit der Förderung die außerhalb "kapitalistischer" Erwägungen, wie Henze sie verstehen will, liegende Absicht, das unternehmerische Handeln zu Gunsten staatsdienlicher Zielsetzungen zu nutzen. Mit Hilfe des Unternehmens, welchem gleichsam als Ansporn der subventionierende Kredit zugute kommt, verwirklicht der Staat einen in seinem Interessenbereich liegenden Zweck, der vielfältiger Natur sein mag.

Die Meinung von Götz¹⁾, daß die mit der Kredithingabe geschaffenen Dauerrechtsbeziehungen privatrechtlich²⁾ und entgeltlich seien, weswegen sie nicht als Subventionen klassifiziert werden könnten, erscheint bedenklich. Obwohl Götz einräumt³⁾, daß "das Geschenk in der vorteilhaften Ausgestaltung des Entgelts" liege, will er die fraglichen Kredite lediglich als entgeltliche Geschäfte, die entgeltliche Rechtsbeziehungen begründen, darstellen. Entgelten soll der durch den staatlichen Kredit Begünstigte aber die Zuführung finanzieller Mittel nicht durch seine Rückzahlungs- und Zinspflicht (denn der Zinssatz ist für den Staat unrentabel), sondern durch ein dem Staat erwünschtes Verhalten. Der Vorzug, welchen die Gewährleistung des Kredites und damit die Subvention beinhaltet, ist der günstige Zinssatz oder überhaupt die Möglichkeit, einen Kredit zu erlangen. Zinssenkungen, günstige Zinsbedingungen und die Gewährung von Kapital stellen den Inhalt der Subventionierung dar. In Zeiten angespannter Kapitalmarktsituationen "bedeutet allein die Verfügbarkeit von Kapital bereits einen kalkulatorischen Vorteil"⁴⁾, abgesehen von weiteren günstigen Bedingungen im Rahmen der Gewährung. Würden staatliche Kredite keinen Anreiz auf das mit der Subventionsmaßnahme angesprochene Publikum ausüben, so könnten sich die Privaten auch ihrer Banken oder Kreditinstitute bedienen. Daß staatliche Kredite in Anspruch genommen werden, zeigt allein schon den mit ihnen verbundenen Vorteil. Insofern können die Kreditleistungen des Staates durchaus unter die Subventionen eingereicht werden.

1) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 41 f, 57 und S. 303.

2) Die Rechtsnatur der Kredite wird im 4. Kap. I 3 b bb behandelt.

3) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 57.

4) Vgl. Berichte, S. 74.

Die Vergabe der Kredite durch die Leistungsverwaltung erfolgt direkt oder indirekt.

a) Unmittelbare Kredite

Unmittelbare Kredite fließen dem Empfänger direkt zu. Die Vergabe erfolgt ähnlich wie die der verlorenen Zuschüsse. Der Unterschied zu den verlorenen Zuschüssen besteht darin, daß der Kredit eventuell mit einer Zinspflicht, auf jeden Fall aber mit der Verpflichtung, das gewährte Darlehen binnen einer bestimmten Zeit zurückzuzahlen, gegeben wird¹⁾.

Im übrigen hat die staatliche Kreditvergabe im Rahmen subventionärer Beziehungen alles mit der marktwirtschaftlichen gemeinsam und unterscheidet sich von dieser lediglich in den günstigeren Konditionen und der damit verknüpften staatsdienlichen Gegenleistung des Empfängers.

b) Mittelbare Kredite

Mittelbare Kredite werden durch sogenannte Kreditmittler vergeben. Dabei handelt es sich meist um zwischengeschaltete Kreditinstitute oder Banken, die nicht unter Staatsaufsicht stehen müssen (aber können) und - bis auf die Staatsbanken - private Unternehmen darstellen. Diese Banken können als mittelbare oder unmittelbare Stellvertreter des Staates bezeichnet werden²⁾.

Rechtlich gesehen setzt ein für die Vergabe von Krediten zwischen geschaltetes Kreditinstitut ein Dreiecksverhältnis voraus, das zwischen Staat und Institut, Institut und begünstigtem Privaten und schließlich zwischen dem Privaten und dem Staat besteht. Zacher³⁾ unterscheidet bei der Subventionsvermittlung durch Private zwischen instrumentalen Vermittlern, welche die Umgehungsform zur rechtsfähigen Verwaltungseinheit bilden, den selbständigen Vermittlern, welche die Umgehungsform zum Belieben darstellen, sowie den weiterreichenden Subventionsempfängern.

1) Z.B. (Bundes-)Gesetz über die Verwaltung des ERP-Vermögens (ERPG) vom 31.8.1953 (SaBl. 1379), § 5 Abs. 2 S. 1; Wohnungsbaugesetz (WoBauG) von 1950 i.d.F. vom 25.8.1953 (SaBl. 1275), § 26; 2. Wohnungsbaugesetz (WoFamG) i.d.F. vom 1.9.1965 (SaBl. 1901), § 42; Gesetz über den Lastenausgleich (LAG) von 1952 i.d.F. vom 1.12.1965 (SaBl. 1966, 53) §§ 254 ff.

2) Zuleeg, Rechtsform, S. 21, mit Beispielen.

3) Zacher, Subventionen, S. 370 ff.

Diese Ausführungen stellen für die ohnehin nur konstruierten und über mehrere Wege gangbaren Rechtsformen bezüglich der Vergabe mittelbarer Kredite einen weiteren Versuch dar, die verschiedenen Möglichkeiten der Subventionsvermittlung einem Ordnungsschema zu unterwerfen und in die vielfältigen, zwischen Staat und Bürger bei der Subventionsvergabe bestehenden Verhältnisse Klarheit zu bringen.

Im Rahmen dieser Arbeit soll auf das spezielle Problem der Festsetzung eines Ordnungsschemas bei der Subventionsvermittlung jedoch nicht eingegangen werden.

3. Bürgschaften und Gewährleistungen

Subventionen werden auch in Form staatlicher Bürgschaften und Gewährleistungen oder Garantien vergeben. Hier erfolgt kein unmittelbarer Einsatz öffentlicher Mittel¹⁾. Wie schon bei den Kreditleistungen des Staates ist Götz auch bei den Garantien und Bürgschaften der Auffassung²⁾, daß es sich um private und entgeltliche Dauerrechtsbeziehungen und deshalb um keine Subventionen handele. Dem muß - wie oben³⁾ - entgegengehalten werden, daß eine Staatsbürgschaft für den einzelnen Privaten von erheblichem Vorteil sein kann. Es besteht keine Sicherheit, in Zeiten allgemeiner Kapitalverknappung oder finanzieller Schwächeperioden einen sonstigen Bürgen zu finden; außerdem dürfte es der Bonität einzelner Unternehmer oder ganzer Wirtschaftszweige zugute kommen, wenn sich für sie der Staat verbürgt.

Freilich erwartet der Staat im Falle seiner Hilfe auch hier ein seinen Erwartungen entsprechendes Verhalten. Deswegen sind Bürgschaftsleistungen ebenso Maßnahmen der Wirtschaftslenkung wie andere Subventionsarten.

Bei Bürgschaften verpflichtet sich der Hoheitsträger, einem Gläubiger eines Privaten für dessen Schulden aus Gründen einzustehen, die unmittelbar im öffentlichen Interesse liegen. Gewährleistungen sind Subventionen dergestalt, daß der Hoheitsträger zugunsten des Staatsbürgers für einen Rechtsverlust eintritt⁴⁾.

1) Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 37 ff.

2) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 41 f, 57.

3) Siehe oben 2.

4) Siehe Zuleeg, Rechtsform, S. 22 f, mit Beispielen und Janknecht, Rechtsformen, S. 11-13.

4. Realförderungen und öffentliche Aufträge

Realförderungen dienen der Deckung des Sachbedarfs der Verwaltung. Gleichbedeutend mit ihnen sind die öffentlichen Aufträge. Diese erfolgen durch Hoheitsträger und werden an selbständige Einzelpersonen vergeben. Gegenstand öffentlicher Aufträge und Realförderungen sind außer Dienstleistungen alle sonstigen Arten von Leistungen.

Im Gegensatz zu den bisher angeführten Subventionsarten verlangen der öffentliche Auftrag und die Realförderung eine wirkliche und ökonomische Gegenleistung des Empfängers; neben der Stärkung seiner Leistungskraft erwartet man vom Empfänger ein weiteres Verhalten, das ökonomisch meßbar ist.

Aus diesen Gründen wollen viele Autoren den Realförderungen den Subventionscharakter absprechen. Sie argumentieren, daß die Bevorzugung einer bestimmten Person nur Nebenzweck der Realförderung oder des öffentlichen Auftrages sei¹⁾. Auch bei einer entsprechenden gesetzlichen Regelung handele es sich um keine Subventionen, da der Hauptzweck die Deckung des Sachbedarfs der Verwaltung bleibe, und dieses Rechtsgeschäft als Ganzes nach wie vor nicht unmittelbar der Verwirklichung öffentlicher Anliegen diene²⁾. Bei einer Subventionierung werde ein dahinter stehendes öffentliches Interesse verlangt, das eben in dem Sinne bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht vorhanden sei³⁾. Furtwängler⁴⁾ stellt gewisse Unterscheidungen zu den Subventionen heraus und spricht öffentlichen Aufträgen, die auf Grund von Bevorzugungsnormen vergeben werden, Subventionscharakter zu⁵⁾. Dennoch scheint er der Überzeugung zu sein, daß die ökonomische Gegenleistung überwiegt; ebenso hält er bei den Realförderungen die Deckung des Sachbedarfs der Verwaltung für vorrangig, die Bevorzugung einer bestimmten Person für nebensächlich⁶⁾. Immerhin aber faßt Furtwängler die Vergabe öffentlicher

1) Zuleeg, Rechtsform, S. 16 f; derselbe, NJW 62, S. 2231 ff, Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?, S. 2233; Welter, BB 62, 493 ff, Subventionen als Rechtsbegriff, S. 494.

2) Zuleeg, a.a.O., S. 17.

3) Derselbe, a.a.O.

4) Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers.

5) Derselbe, a.a.O., S. 12.

6) Derselbe, a.a.O., S. 13.

Aufträge als Leistungsverwaltung auf, obgleich er sie nicht dem Bereich der Daseinsvorsorge zuordnet¹⁾. Er sieht auch in der Vergabe öffentlicher Aufträge den Charakter einer "Wohltat, einer Begünstigung, eines Vorteils", weil der Auftragnehmer die Chance erhalte, sich wirtschaftlich mit Gewinn zu betätigen²⁾.

Realförderungen und damit auch öffentliche Aufträge können in der Tat eine Subventionierung beinhalten³⁾. Dabei sollte nicht allein auf das öffentliche Interesse im Bereich der Subvention abgestellt werden. Wenn die Verwaltung auch bestrebt ist, ihren Sachbedarf zu decken, so kann damit ebenso gut eine Förderung von Privatpersonen bezweckt sein. Die ausschließliche Verfolgung von Subventionszwecken ist deshalb nicht maßgeblich⁴⁾. Rüfner zählt die Realförderungen zu den versteckten Subventionen und behandelt sie wegen ihrer verschiedenen Rechtsform getrennt, ohne die wirtschaftlichen Parallelen zu den echten Subventionen zu übersehen⁵⁾. Zacher⁶⁾ betont zu Recht, daß der Zweck der Subventionen schon dadurch erfüllt werden könne, daß diese den Austausch ermöglichen.

Für den subventionären Charakter spricht letzten Endes jedoch die nicht zu leugnende Tatsache, daß der private Unternehmer durch die Vergabe öffentlicher Aufträge im Rahmen der Realförderungen besser gestellt ist als sein nicht von der Verwaltung mit Aufträgen bedachter Konkurrent. Öffentliche Aufträge bedeuten für den Empfänger eine Erhöhung seines Geschäftsvolumens. Den Staat als Kunden zu gewinnen, stellt allein auf Grund der Bedarfsgröße und der Sicherheit der Geschäftsverbindung eine Förderung im subventionsrechtlichen Sinne dar. Wenn auch die Verwaltung bestrebt ist, ihren Sachbedarf zu decken, so kann außerdem damit ein gewisses öffentliches Interesse an einzelnen förderungsbedürftigen Unternehmen verbunden sein, indem sie ihre Aufträge an Private vergibt, die ohne ihre (eben in der Vergabe zu erblickenden) "Hilfsmaßnahmen" nicht wettbewerbsfähig wären.

1) Furtwängler, a.a.O., S. 88.

2) Derselbe, a.a.O., S. 88 f.

3) Derselbe, a.a.O., S. 12; so auch die wohl h.L., z.B. Ipsen, Subventionierung, S. 55; Janknecht, Rechtsformen, S. 14; Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 197; Völker, Leistungsverwaltung, S. 52; Zacher, Subventionen, S. 330; Wolff, Verw.Recht III, S. 218 f.

4) Janknecht, a.a.O., S. 14.

5) Rüfner, a.a.O., S. 197; vgl. auch S. 407 f.

6) Zacher, Subventionen, S. 330 f.

Schließlich kann ein öffentliches Interesse auch in der Berücksichtigung solcher Unternehmen gesehen werden, die im Gegensatz zu der Konkurrenz billiger produzieren und den Staat auf diese Weise in den Stand versetzen, seinen Bedarf preisgünstiger zu beschaffen und damit letzten Endes Steuergelder einzusparen. Der angestrebte öffentliche Zweck kann mithin auch in einer Förderung der allgemeinen Preisdisziplin liegen. Lenkungsabsichten sind demnach nicht völlig auszuschließen.

5. Finanzausgleich

Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern gehört nicht in den Bereich des Subventionswesens. Subventionsmaßnahmen müssen Private begünstigen. Leistungen von Verwaltungsträgern untereinander können eher als Zuweisungen, Zuwendungen und Zuschüsse charakterisiert werden¹⁾. Wolff²⁾ bezeichnet die Zuwendungen von Trägern öffentlicher Verwaltung untereinander als Dotationen. Wirkliche Subventionszwecke werden damit nicht erfüllt. Zuweisungen an andere Verwaltungsträger als Staat und Gemeinden werden mit Recht als Vergünstigungen charakterisiert³⁾; diese stellen aber keine Subventionen, sondern Angelegenheiten des Organisationsrechts dar.

II. Einteilung der Wirtschaftssubventionen nach sonstigen Gesichtspunkten.

1. Nach der Art der Gewährung

a) Direkte Subventionen

Nach der Art der Gewährung kann man zwischen direkten und indirekten Subventionen unterscheiden⁴⁾. In dem hier verstandenen Sinn sollen als Subventionen nur die direkten Zuwendungen an Private betrachtet werden. Gleichwohl wird nicht verkannt, daß auch indirekte Förderungsmaßnahmen subventionären Charakter aufweisen. Diese Art der Lenkung geschieht aber unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten und kann nicht als direkte Subventionierung der Wirtschaft qualifiziert werden.

1) So Maunz, Staatliche Verwaltung, S. 1.

2) Wolff, Verw. Recht III, S. 216.

3) Zuleeg, Rechtsform, S. 18.

4) Vgl. schon oben I 2. bzgl. unmittelbarer und mittelbarer Kredite. Dort ist jedoch noch die Art der Vergabe gemeint. Beide Kreditarten gehören zu den direkten Subventionen.

Direkte Subventionen sind Zuwendungen von seiten des Staates an Private, die vermögenswerte Leistungen darstellen; darunter fallen öffentliche Geldzuschüsse, die als verlorene Zuschüsse, Kredite und Bürgschaften vergeben werden, aber auch Garantien und Realförderungen¹⁾.

Diese Arten der Begünstigungen sind sichtbar und deswegen direkt.

b) Indirekte Subventionen

Indirekte Subventionen, die im Bereich der gewerblichen Wirtschaft von wesentlicher Bedeutung sind, werden vor allem als sogenannte unsichtbare Begünstigungen im Rahmen des Steuerrechts gewährt. Friauf nennt sie "negative Staatsleistungen"²⁾. Dieser Begriff kann leicht mißverstanden werden. Gemeint sind damit offensichtlich interventionistisch wirksame Gewährungen des Staates, wie z.B. die Befreiung von bestimmten Steuern³⁾ oder Steuervergünstigungen. Die indirekten Subventionen belasten den Bund, die Gemeinden und Länder. Die gewerbliche Wirtschaft empfängt von ihnen den weitaus größten Teil⁴⁾. In ihrer Bedeutung stehen sie den direkten Förderungen keinesfalls nach⁵⁾.

Der Staat befindet sich in der Lage, die Wirtschaft auch mit indirekten Subventionen zu lenken. Die Beschäftigung mit dieser Art der Subventionierung würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Die indirekten Begünstigungen lassen keine Rechtsverhältnisse entstehen, die man als wirkliche Subventionsverhältnisse in dem hier verstandenen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Sinne auffassen könnte⁶⁾, vielmehr handelt es sich bei

-
- 1) Ipsen, Subventionierung, S. 7; Zuleeg, Rechtsform, S. 15 f; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 27 ff; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 258; Gundlach, Subventionen, S. 7 f; zur Problematik der Realförderungen siehe oben I 4.
 - 2) Friauf, Subventionswesen, S. 730, mit weiteren Nachweisen.
 - 3) Vgl. hierzu Bühler-Strickrodt, Steuerrecht, Bd. 1, 1. Halbband, 3. Aufl. (1959), S. 241; Strickrodt, Das Subventionsthema in der Steuerpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Landwirtschaft, 1960.
 - 4) Berichte, S. 40.
 - 5) Vgl. Berichte, S. 72, und "Die sichtbaren Finanzhilfen des Bundes" und "Unsichtbare Begünstigungen im Rahmen des Steuerrechts". Finanzbericht 1966; siehe auch Zuleeg, Rechtsform, S. 16; ebenso Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 258.
 - 6) Vgl. aber Weiter, BB 62, 493 ff, Die Subventionen als Rechtsbegriff, S. 495.

ihnen meist um Bestandteile von Steuerrechtsverhältnissen¹⁾, welche direkte Leistungen des Staates ausschließen.

Daneben bestehen Möglichkeiten der indirekten Subventionierung in Form von Zollverzichten, Exporterleichterungen u.ä.²⁾.

2. nach dem Förderungszweck

a) Schadenssubventionen

Unter Schadenssubventionen versteht man staatliche Hilfen in Not- und Katastrophenfällen. Der Staat hat dann nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, helfend einzugreifen. Hier kann der eigentliche Sinn einer richtig verstandenen Daseinsvorsorge gesehen werden, zu welcher der Staat schon auf Grund seines Bekenntnisses zur sozialen Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 I, 28 I GG) verpflichtet ist. Schadenssubventionen bieten keine rechtlichen Probleme, denn sie beinhalten keine hoheitliche Machtausübung des Staates und sind nicht geeignet, besondere Bevölkerungsschichten zu begünstigen oder zu benachteiligen. Sie sind "wettbewerbsneutral"³⁾.

b) Förderungssubventionen

Förderungssubventionen sollen die Unternehmer veranlassen, bestimmte Produktionen aufzunehmen oder auszubauen. Sie bestehen mithin für den Aufbau, Ausbau und die rentable Produktion von Gütern, deren Herstellung im öffentlichen Interesse liegt, die aber wegen mangelnder oder überhaupt nicht vorhandener Ertragsfähigkeit vernachlässigt wird. Förderungssubventionen stellen "Anreize" zu bestimmten Produktionen und Leistungen dar⁴⁾. Allerdings erscheint die Ansicht von Götz, daß Produktionen, an denen ein öffentliches Interesse bestehe, in der Marktwirtschaft am wenigsten subventionsbedürftig seien⁵⁾, zu vereinfachend. Nicht immer besteht für Entwicklungen und Erzeugnisse, die im öffentlichen Interesse geschaffen werden, eine hinreichende Nachfrage⁶⁾.

1) Zuleeg, Rechtsform, S. 16; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 16.

2) Vgl. Ipsen, Subventionierung, S. 7.

3) Friauf, Subventionswesen, S. 732.

4) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 46.

5) Derselbe, ebenda, S. 47.

6) Erwähnenswert sind z.B. Sicherheitseinrichtungen für den Verkehr zu Lande, zu Wasser und in der Luft; ebenso die staatliche Förderung auf dem Gebiet der Elektronik, die Bezuschussung im Rahmen des sozialen Wohnbaues, die Unterstützung der Handelsschifffahrt.

Vielfach sind die subventionierten Entwicklungen für ein Volk als ganzes aus politischen Gesichtspunkten, nicht aber für das subjektive Interesse des einzelnen Staatsbürgers von entscheidender Bedeutung. Oftmals handelt es sich bei derartigen Investitionen um die Aufrechterhaltung des Prestiges eines Staates¹⁾; ob damit letztlich ein Gewinn erzielt wird, der im öffentlichen Interesse liegt, ist zweifelhaft und wird sich immer nur an Hand von Einzelfällen bewerten lassen.

c) Strukturerhaltende Subventionen

Strukturerhaltende Subventionen fördern die Erhaltung bestimmter Produktionen, die aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähig wären. Hier werden "sozial-ökonomische Strukturen konserviert"²⁾. Häufig sind Produktionen, die sich aus der Sicht des Unternehmers in den Bereich der Unrentabilität verlagert haben, für den Staat von Wichtigkeit, weil für sie noch kein anderweitiger, bzw. vollwertiger Ersatz gefunden oder aber die Unterbringung der freiwerdenden Arbeitskräfte in anderen Produktionsbereichen nicht gewährleistet ist. Strukturerhaltende Subventionen sollen z.B. den Ausfall bestimmter Erzeugnisse oder ein Zunehmen der Arbeitslosigkeit verhindern. Diese Art der öffentlichen Hilfen ist aus der Sicht des Staates vielfach unrentabel, weil hier die Unterstützung oftmals nur Wirtschaftszweigen zuteil wird, die im freien Wettbewerb nicht mehr konkurrenzfähig sind.

Gerade dieser Subventionsbereich bedarf einer ständigen Kontrolle über die subventionierten Unternehmen. Sie soll einerseits unrechtmäßige Gewohnheitsrechte der Unternehmer unterbinden und ferner darüber Auskunft erteilen, ob die Subventionierung bestimmter Strukturen weiterhin notwendig oder nicht mehr begründet ist. Maßstab hierfür muß der mit der Förderung erhoffte Erfolg sein, welcher sich in einem angemessenen Verhältnis zu dem benötigten Aufwand bewegen muß.

1) z.B. alle mit der Raumfahrt zusammenhängenden Fragen; der dadurch erhoffte Nutzen läßt sich eventuell auch auf andere Weise erreichen.

2) Friauf, Subventionswesen, S. 732.

d) Strukturändernde Subventionen

Mittels strukturändernder Subventionen kann der Staat wirtschaftsgestaltend und -lenkend auftreten. Umschichtungen von einzelnen Unternehmen und ganzen Wirtschaftszweigen werden ermöglicht. Dieser Subventionstyp verwirklicht auch sozialpolitische Anliegen öffentlichen Interesses¹⁾. Strukturändernde Subventionen bieten die Möglichkeit, Wirtschaftslenkung im Sinne des Wortes zu betreiben.

e) Preissubventionen

Preissubventionen²⁾ werden vom Staat zur Regulierung und Herabsetzung von Erzeuger-, bzw. Verbraucherpreisen bestimmter Produkte vergeben. Dabei bieten sich die Möglichkeiten, den Erzeuger zu unterstützen, um so die Herstellung seiner Waren zu verbilligen, oder aber die Fertigprodukte zu subventionieren, um auf diese Weise die Preise zu senken. Die erste der beiden Möglichkeiten kann dazu führen, daß sich der Subventionsempfänger nicht subventionsgerecht verhält und nicht den vollen, zur Ausschüttung gekommenen Betrag für die Verbilligung der fraglichen Produktion verwendet. Dem kann man mittels Festsetzung von Höchstpreisen oder einer wirkungsvoll durchgeführten Kontrolle, die darüber Auskunft gibt, ob die Subventionen tatsächlich zu den vorausgesetzten Zwecken weitergeleitet werden, begegnen. - Die Subventionierung der Fertigprodukte setzt eine staatliche oder wenigstens vom Staat gelenkte oder beaufsichtigte Abnahme der hergestellten Waren voraus³⁾.

1) So z.B. die Verlagerung von Arbeitsplätzen, Weiterbildungsprogramme für bestimmte Schichten des Staatsvolkes u.ä.

2) Ipsen, Subventionierung, S. 9 und 48, und Subventionen, S. 280, zählt sie nicht zu den Subventionen.

3) Hierzu eingehend Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 48 f.

2. KAPITEL

Der Rechtsbegriff der Wirtschaftssubvention

I. Voraussetzungen der Begriffserklärung

1. Wirtschaftssubventionen als Leistungsverwaltung

Das Verwaltungshandeln spielt sich entsprechend der üblichen Einteilung in drei Formen, der Eingriffs-, der Leistungsverwaltung und der fiskalischen Tätigkeit, ab. Letzteres ist hier außer acht zu lassen.

War früher die Eingriffsverwaltung mit dem Ziel staatsbürgerlichen Gehorsams vorrangig¹⁾, so hat sich im Laufe der Jahre anhand der Erkenntnis der vom Naturrecht vorgegebenen Menschenrechte, der Idee der Gewaltenteilung und des Grundsatzes der Volkssouveränität²⁾ der Begriff der Leistungsverwaltung gebildet³⁾.

Eine Wandlung hinsichtlich der Art der Einflußnahme des Staates hat sich auch dadurch vollzogen, daß der Staat auf Grund seiner Finanzmacht wirksame Möglichkeiten zur Beeinflussung seiner Bürger besitzt, das heißt: sich imstande sieht, Leistungsverwaltung mittels vielfältiger Förderungseinrichtungen und gezielter Maßnahmen zu betreiben.

Voraussetzung für den staatlicherseits bezweckten Effekt sind der finanzielle Anreiz und geldeswerte Leistungen⁴⁾ sowie deren Anpassungsfähigkeit und Beweglichkeit in dem System des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates, dessen wirtschaftliches Bekenntnis sich in Form der sozialen Marktwirtschaft mit stark ausgeprägten liberalen Zügen niederschlägt. Hier wird die Grundlage des Phänomens offenkundig, daß die Leistungsverwaltung für den Staatsbürger zumindest eine ebenso entscheidende Bedeutung wie die Eingriffsverwaltung im Überkommenen Sinn⁵⁾ erlangt hat, und daß der Staat einen Teil seiner Aufgaben mittels der Leistungs-

1) Friauf, Subventionswesen, S. 730; W. Weber, Festschr. f. C. Schmitt, 1959, S. 256; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 78.

2) Der Ursprung hierfür lag in der Neuzeit in der "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" v. 1789 sowie den Verfassungen der amerik. Gliedstaaten aus dem 18. Jahrhundert.

3) Vgl. die ausführl. Abhandlung bei Wolff, Verw.Recht III, S. 125-131.

4) Möller, Subventionsverwaltung, S. 30.

5) Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 78; Schüle, Intervention, S. 95.

verwaltung besser zu erfüllen vermag, als dies durch hoheitlichen Einzeleingriff geschehen könnte.

Leistungsverwaltung wird also durch Tätigkeit gewährender Art gekennzeichnet¹⁾. Sie untergliedert sich in hoheitliche Leistungsverwaltung, die im Falle der Gewährung durch Verwaltungsakte oder bei Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge vorliegt, und in privatrechtliche Leistungsverwaltung, die z.B. bei Darlehensgewährungen und Bürgschaften stattfindet²⁾. Eine andere Differenzierung ergibt sich durch daseinsnotwendige Leistungen, die sogenannte öffentliche "Daseinsvorsorge"³⁾ und andere Gewährungen von Geldleistungen, worunter auch Subventionen fallen; die Wirtschaftssubventionierung ist daher Teil der Leistungsverwaltung⁴⁾. Die Verwaltung tritt gerade im Bereich der Wirtschaftssubventionen zwiespältig in Erscheinung: Die Subventionsvergabe muß eine bestimmte, vom Staatsdenken vorgegebene Zielsetzung verfolgen, welche durch den Anreiz der Subvention auf der einen Seite und durch das subventionskonforme Verhalten des Begünstigten andererseits verwirklicht wird. Mithin beinhaltet die subventionäre Leistungsverwaltung neben der vordergründigen Begünstigung des Subventionsempfängers gleichzeitig die Belastung, sein unternehmerisches Handeln entsprechend dem vom Staat angestrebten Zweck auszurichten. Wirtschaftssubventionen liegen somit im Grenzgebiet zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung.

1) Vgl. hierzu ausführlich Wolff, Verw.Recht III, S. 125.

2) Wolff, a.a.O., S. 130 f.

3) Siehe hierzu Menger, Sozialer Rechtsstaat, S. 18 f; Badura, Daseinsvorsorge, S. 630; Hamann, Rechtsstaat, S. 123; Imboden, Vertrag, S. 75, und grundlegend Forsthoff, Rechtsfragen.

4) v. Münch, Gleichheitssatz, S. 271, 291; Ipsen, Subventionierung, S. 10; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 421 f; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 19; unterschiedlich stellt sich die Auffassung von Völker, Leistungsverwaltung, S. 39-54, dar: Es ist zu bedenken, daß letzten Endes auch bei der von Völker getroffenen Unterscheidung die Daseinsvorsorge zur Leistungsverwaltung zählt, wenn sich Subventionen als Daseinsvorsorge - nach seiner Diktion: lebensnotwendige Leistungen - und nicht nur als Einzelförderungsmaßnahmen auswirken; eine Trennung ist hier begrifflich kaum möglich.

Deshalb können sich Wirtschaftssubventionen als "indirekte Eingriffsverwaltung"¹⁾ darstellen. Subventionsempfänger laufen Gefahr, "zwangsläufig unter die wie auch immer geartete Herrschaft heteronomer Zwecke zu gelangen"²⁾, welche das Risiko in sich birgt, das an wirtschaftlichen Gegebenheiten und Schemen orientierte Denken zu vernachlässigen; der Weg in die totale Abhängigkeit staatlicher Interessen³⁾, die durchaus nicht den Notwendigkeiten eines Wirtschaftsunternehmens entsprechen müssen, ist dann möglicherweise vorgezeichnet. Ein Ausbleiben der Förderung oder ein notwendiger Verzicht auf die dargebotenen Subventionen wäre in vielen Fällen undenkbar, weil sich die Subventionsempfänger in ihrer ganzen Betriebsführung auf die Hilfe durch Staatsmittel eingestellt haben. Fehldispositionen dieser Art im betriebswirtschaftlichen Bereich sind geeignet, auf der Unternehmensseite kritische Situationen hervorzurufen.

2. Wirtschaftssubventionen als Mittel der Verwaltung

Wirtschaftssubventionen sind ihrem Wesen nach als Interventionsmittel zur Beeinflussung des Wirtschaftsablaufes geeignet⁴⁾: Durch die Zuwendung der mit den Subventionen verbundenen Vermögensvorteile wird die Eigeninitiative des Subventionsempfängers insofern "positiv" beeinflusst, als er sein privates Unternehmen "subventionsgerecht" - unter Berücksichtigung des vom Subventionsträger im öffentlichen Interesse verfolgten Zweckes - führen wird, um sich den Genuß der Zuwendungen auch weiterhin zu erhalten. Mit der Subvention als Ansporn bleibt der Unternehmer die wahre Triebfeder wirtschaftlicher Betätigung⁵⁾. Deswegen ist die Wirtschaftssubvention gleichzeitig in Abwandlung des oben angeführten Zitates⁶⁾ mit Ipsen⁷⁾ "nicht Inverwaltungnahme eines Unternehmens, sondern auch ein geeignetes Instrument, sie zu vermeiden".

1) Maunz, Staatliche Verwaltung, S. 1.

2) Köttgen, Fondsverwaltung, S. 59.

3) Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 220; Zuleeg, Rechtsform, S. 5, und Friauf, Subventionswesen, S. 737, stellen die Abhängigkeit von der "Gunst des Staates" heraus.

4) Ipsen, Subventionierung, S. 5 f; Scheuner, Intervention, S. 7; Wolff, Verw.Recht III, S. 223; Bachof, Rechtsstaat, S. 43; Bellstedt, Subventionen, S. 162; Eppe, Subventionen, S. 25; Forsthoff, Rechtsfragen, S. 53; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 16; Köttgen, Subventionen, S. 487; Stern, Rechtsfragen, S. 519; Berichte, S. 82, u.v.a.

5) Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 16.

6) s.o. 1; Friauf, Subventionswesen, S. 737.

7) Ipsen, Subventionierung, S. 13.

Als Werkzeuge staatlicher Lenkung¹⁾, die eine bestimmte finanz-, wirtschafts- oder auch sozialpolitische Konzeption zum Ausdruck bringen will²⁾, weisen Wirtschaftssubventionen als Kernpunkt das mit ihnen verfolgte vielgestaltige öffentliche Interesse auf³⁾.

Gleichzeitig behauptet der Staat in wirtschaftspolitischer Hinsicht durch den Einsatz von Finanzmitteln gegenüber dem Bürger seinen Führungsanspruch. Subventionen sind mithin nie Selbstzweck, sondern stets Mittel zum Zweck⁴⁾, deren Gewährung die Ausübung lenkender Verwaltung⁵⁾ zum Inhalt hat. Die Wirkungsweise der Subventionen wird zutreffend "als eine Art mittelbarer Staatstätigkeit" gekennzeichnet⁶⁾, deren entscheidendes Kriterium der "Gewinn für das Gemeinwohl"⁷⁾ sein soll.

Eine Beeinflussung des Subventionsempfängers wird insbesondere dann erfolversprechend sein, wenn sich die Interessen des Staates mit denen des subventionierten Privaten in irgendeiner Form koordinieren lassen. Zur Lösung der angesprochenen Problematik wird die durchdachte und richtige Auswahl der Arten und Rechtstypen der Wirtschaftssubventionen⁸⁾, welche sich an der speziellen Rechts- und Interessenlage orientiert, entscheidend beitragen. Noch vor Vergabe der Subventionen muß eine sorgfältige Abwägung stattfinden, in welcher Weise der Endzweck⁹⁾ der Wirtschaftssubventionierung konsequent realisierbar ist, ohne die Erfüllung der privaten Interessen einerseits zu vernachlässigen, anderer-

1) Friauf, Subventionswesen, S. 730; Badura, Daseinsvorsorge, S. 629.

2) Stern, Rechtsfragen, S. 519.

3) Vgl. aber die Warnung von Hamm, Ohne Subventionen mehr Wachstum, in FAZ v. 24.8.1966.

4) Schindler, Bundessubventionen, S. 95.

5) Badura, a.a.O., S. 629; Friauf, a.a.O., S. 730, 732; Zuleeg, Rechtsform, S. 5; vgl. außerdem Scheuner, a.a.O., S. 95; Gundlach, Subventionen, S. 28 u. 37.

6) Friauf, a.a.O., S. 733; Ipsen, Subventionen, S. 262, streicht das Instrumentale der Subventionen heraus.

7) Eppe, Subventionen, S. 71 f. u. 108.

8) s.o. 1. Kap. I u. II.

9) Vgl. Ipsen, a.a.O., S. 287 f; ähnlich Badura, a.a.O., S. 630; Wolff, Verw.Recht III, S. 216 (§ 154). Zacher, Subventionen, S. 319, stellt auf den "Ordnungsbedarf des Subventionsverhältnisses" ab und erkennt dabei in der "Elementarstruktur des Subventionsverhältnisses" die eines Schuldverhältnisses. Siehe in diesem Zusammenhang zu der Problematik des privaten Interesses Eppe, Subventionen, S. 83 f, zu der des öffentlichen Interesses Hansmeyer, Subventionen, S. 25.

seits überzubewerten¹⁾.

Der Subventionsempfänger wird sich aber nur solange subventionsgerecht verhalten²⁾, als er einen Gewinn auf Grund des Subventionsverhältnisses, wenigstens aber einen irgendwie gearteten Vorteil für sich erwarten kann. Er befindet sich durch diese Hilfe im täglichen Konkurrenzkampf in einer günstigen Ausgangsposition³⁾. Dieser Tatsache wird die Auffassung des BVerwG⁴⁾ nicht gerecht, wenn es zum Ausdruck bringt, daß dem Subventionierten kein Gewinn zufließen solle. Wenn Subventionen tatsächlich so bemessen sein sollen, "daß sie zum Subventionszweck in einem angemessenen Verhältnis stehen", müssen sie sich jedenfalls für den Unterstützten vorteilhaft auswirken können. Damit ist aber immer irgendein Vorteil, wenn auch nicht notwendig ein Gewinn verbunden.

Wirtschaftssubventionen wirken sich auf die Produktionsseite der einzelnen Wirtschaftsunternehmen aus⁵⁾. Subventionen, die aus sozialpolitischen Erwägungen zur Verteilung gelangen, beeinflussen das Verhalten des Verbrauchers und den Kreislauf zwischen Produktion und Konsum⁶⁾. Die von Subventionen ausstrahlende Wirkung kann nur unter Zuhilfenahme der Wirtschaftswissenschaften in ihren vollen Ausmaßen bestimmt werden. Allein genaue Analysen auf volkswirtschaftlichem Gebiet können den wirtschafts- oder sozialpolitischen Nutzen gewährter Subventionen aufzeigen. Es ist daher erforderlich, die staatlichen Hilfen auf ihre Funktionsfähigkeit zu überprüfen und im Ergebnis festzustellen, ob sie als "systemfördernde" oder als "systeminadäquate Maßnahmen der Wirtschaftspolitik eingestuft" werden müssen⁷⁾.

-
- 1) Vgl. Wolff, a.a.O., S. 125, und die Unterscheidung Rüfners, Öff. Verwaltung, S. 207, in Primär- und Endzweck. Siehe auch Imboden, Vertrag, S. 156 f.
 - 2) Ist die Subvention vergeben, so läßt sich meist die Verwendung der Gelder im einzelnen nicht kontrollieren, auch wenn Prüfungsmöglichkeiten wohl regelmäßig vorhanden sind; Hauptsache bleibt die Erfüllung des Subventionszweckes, Manipulationen können nur schwer verhindert werden. Hierzu Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 46.
 - 3) Bellstedt, Subventionen, S. 165.
 - 4) BVerwG NJW 59, 1098 ff, 1099.
 - 5) Welter, Subventionen als Rechtsbegriff, BB 62, 493 ff, 496.
 - 6) Derselbe, a.a.O., S. 496; Gundlach, Subventionen, S. 73.
 - 7) Gundlach, a.a.O., S. 101 f.

Bewertungsmaßstab für die als System zu verstehende Wirtschaftslenkung mittels Subventionen ist die vom Staat mit der Förderungsmaßnahme beabsichtigte Wirkung. Die staatliche Zielsetzung charakterisiert das System der Subventionsvergabe und legt dieses fest. Systeminadäquate Maßnahmen können neben dem zunächst vordergründigen Schaden weitere nachteilige Neben- und Nachwirkungen auslösen¹⁾.

Das vom Staat bei allen Subventionen angestrebte Ziel läßt sich nur mittels "kontrollierter" Subventionen erreichen. Diese These fordert gleichzeitig eine Absage an sogenannte "Bagatellsubventionen", die - zunächst unauffällig - eine konstante Entwicklung staatschädigenden Inhaltes nehmen und von dem allgemein verbreiteten Wunsch, die einmal erhaltene Förderung auch weiterhin gewährt zu bekommen, getragen werden. Subventionen haben auf Grund der mit ihnen verbundenen Annehmlichkeiten die Eigenart, nicht nur unentwegt gefordert und auch ausgeschüttet, sondern außerdem von Jahr zu Jahr gesteigert zu werden²⁾. Auf diese Weise werden Bagatellsubventionen zu kostspieligen Faktoren im Staatshaushalt³⁾. Ihr Abbau zeitigt vielfach Umschichtungen, die wohl andere Subventionsarten und -Rechtstypen hervorbringen, letzten Endes aber dem ursprünglichen Zweck dienen. Wesentlich ist, daß die Intensität der Kontrolle mit der Vielfalt und Kompliziertheit der Abläufe sowie der "Eigenständigkeit der privaten Zweckverwirklichung" wachsen muß⁴⁾.

1) Gundlach, a.a.O., S. 102. Eine Subventionsvergabe wäre beispielsweise sinnlos und demgemäß systemwidrig, wenn der Private das obrigkeitliche Anliegen zu erfüllen nicht imstande wäre. Auflagen und Bedingungen können, ohne eine dirigistische Staatsaufsicht darzustellen, derartige Mißerfolge verhindern (vgl. hierzu Maunz, Staatliche Verwaltung, S. 4; Götz, a.a.O., S. 45, und ausführlich Krüger, Auflage). Die Privatwirtschaft wird aber bei gleichen Ausgangschancen durch ihre Flexibilität und das gewinnorientierte Denken immer ein gewichtigeres Maß an Rentabilität vorweisen können, als dies bei gleicher Aufgabenstellung staatlichen Institutionen möglich wäre. Der private Unternehmer muß angesichts dieser Konstellation als subventionswürdig erachtet werden. Vgl. hierzu Gundlach, a.a.O., S. 50.

2) Siehe Finanzbericht, S. 149 ff.

3) Vgl. Hansmeyer, Subventionen, S. 25 ff.

4) Zacher, Subventionen, S. 328.

II. Der verfassungsrechtliche Begriff als entscheidendes Kriterium

Der Rechtsbegriff der Wirtschaftssubvention hat zahlreiche Definitionen verschiedenen Inhaltes erfahren. Erkennbar wird hierbei, daß teils verwaltungsrechtliche, teils finanzwissenschaftliche Merkmale mit verfassungsrechtlichen Aspekten in Beziehung gebracht werden. Erkennbar ist außerdem die Tendenz zur verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise, nachdem zu Beginn der Diskussion um Wirtschaftssubventionen verwaltungsrechtliche Gesichtspunkte in überwiegender Mehrzahl angeführt wurden¹⁾.

Nach dem Verwaltungsrecht richten sich die Durchführung der Subventionierungen²⁾ sowie etwa daraus resultierende Rechtsfolgen. Es beschäftigt sich mit den Leistungen der Exekutive, welche dem Privaten in Form von Subventionen zugestanden werden und den von den Behörden erwarteten Gegenleistungen des Subventionsempfängers. Es behandelt ferner Rechtsschutzfragen, die auf Subventionsverhältnissen beruhen und zumeist den Schutz des Bürgers gegenüber Akten der Verwaltung beinhalten. Unterschiedlich werden verfassungsrechtliche Bestimmungen (z.B. der Gleichheitsgrundsatz, das Grundrecht des Eigentums, das Sozialstaatsprinzip und das Gesetzmäßigkeitsprinzip) herangezogen³⁾, um Ermächtigungsgrundlagen für die Subventionen als solche⁴⁾ zu schaffen oder

- 1) Scheuner, Intervention, Köttgen, Subventionen, S. 485, Wolff, Verw.Recht III, S. 215, v. Münch, Gleichheitssatz, S. 287, Stern, Rechtsfragen, S. 519 ff, Gundlach, Subventionen, S. 7 f, Janknecht, Rechtsformen, S. 7 f, Eppe, Subventionen, S. 72, Welter, Die Subvention als Rechtsbegriff, BB 62, 493 ff, 495, lehnen sich größtenteils verwaltungsrechtlichen Vorstellungen eng an. Die verfassungsrechtliche Problematik wird stärker beachtet von Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 30, Ipsen, Subventionierung, S. 5 f, Zuleeg, Rechtsform, S. 13 f, Bellstedt, Subventionen, S. 162, Möller, Subventionsverwaltung, S. 30 u. 49, Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 19 u. 31, sowie insbes. Friauf, Subventionswesen, S. 731 f.
- 2) Die Unterscheidung zu anderen Subventionsbereichen aus dem Gesamtkomplex staatlicher Förderungsmaßnahmen findet sich bei Wolff, Verw.Recht III, S. 217 f, Eppe, a.a.O., S. 84 ff, und Friauf, a.a.O., S. 731.
- 3) z.B. Scheuner, a.a.O., S. 40 f; Köttgen, a.a.O., S. 486 ff; Ipsen, a.a.O., S. 10 u. 14 ff; Zuleeg, a.a.O., S. 78 ff u. 83 ff; Stern, a.a.O., S. 521 f, 524; Henze, a.a.O., S. 51 ff; v. Münch, a.a.O.; Hesse, Gleichheitsgrundsatz; Eppe, a.a.O., S. 56 ff.
- 4) Ipsen, a.a.O., S. 10, 34 ff; Stern, a.a.O., S. 521 ff; Hamann, Subventionsrecht, S. 490; Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 79 ff, u.v.a.

deren Rechtsform festzulegen¹⁾.

Die verfassungsrechtliche Wertung muß die von Staatsorganen ausgehende interventionistische Wirtschaftslenkung durch Wirtschaftssubventionen in den Mittelpunkt der Diskussion stellen²⁾. Sie muß betonen, daß Wirtschaftssubventionen in Verfolgung staatlicher Zielvorstellungen gewährt, daß sie einem bestimmten Zweck gerecht werden, dem öffentlichen Interesse dienen und zum Nutzen sowie zur Verwirklichung des Gemeinwohles beitragen müssen³⁾. Verfassungsrechtliche Beurteilungsmaßstäbe verlangen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen als Voraussetzung eine Förderung, die nicht nur darin bestehen kann, subventionierte Unternehmen zu unterstützen, sondern diese als "Werkzeuge der staatlichen Lenkung"⁴⁾ für die Allgemeinheit insofern zu nutzen, als sie staatliche Vorhaben durchführen oder bei deren Bewältigung behilflich sein sollen. Wirtschaftssubventionen sind demnach im Rahmen der Leistungsverwaltung zur Verfügung stehende Hilfsmittel, mit denen auf den Wirtschaftsablauf aus gesamtstaatlicher Sicht eingewirkt werden kann; hierdurch sollen beispielsweise Fehlentwicklungen vermieden oder korrigiert und anhand der vom Staat beschlossenen wirtschaftlichen Gesamtplanung konforme Abläufe aufgebaut und gefördert werden⁵⁾. Wirtschaftsverwaltung ist stets Wirtschaftslenkung. Das Staatsrecht behandelt weiter in diesem Sachzusammenhang die Rechte und Pflichten des Einzelnen⁶⁾ in der freiheitlich-demokratischen Verfassungsordnung sowie rechtsstaatliche Prinzipien, welche auch den Wirtschaftssubventionen

-
- 1) Siehe hierzu insbes. Janknecht, Rechtsformen, und Zuleeg, Rechtsform. Vgl. die finanzwissenschaftliche Wertung bei Hansmeyer, Subventionen, S. 9 ff; Berichte; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 13 f, mit weiteren Nachweisen; G. Schmölders, Finanzpolitik, 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1965, S. 223; Sauer mann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Bd. 1, Wiesbaden 1960, S. 128; Eppe, a.a.O., S. 20; Finanzbericht, S. 149.
 - 2) s.o. I 2; Bachof, Rechtsstaat, S. 43; Bellstedt, a.a.O., S. 162; Eppe, a.a.O., S. 25; Forsthoff, Rechtsfragen, S. 53; Henze, a.a.O., S. 16; Ipsen, a.a.O., S. 5 f; Köttgen, a.a.O., S. 487; Stern, a.a.O., S. 519; Berichte, S. 82, und Friauf, a.a.O., S. 730.
 - 3) Eppe, a.a.O., S. 71 f.
 - 4) Friauf, a.a.O., S. 730.
 - 5) Vgl. hierzu oben I. Kap. II 2. In diesem Zusammenhang sei die immer wieder getroffene Feststellung erwähnt, daß der Staat kein Recht zu Geschenken habe; siehe Köttgen, a.a.O., S. 487; Ipsen, a.a.O., S. 20 u. 33 f; v. Münch, a.a.O., S. 270 ff, 290; Zeidler, Bemerkungen, S. 335; BGH NJW 56, 746 ff; ausführlich Eppe, a.a.O., S. 88-146.
 - 6) Siehe Schneider, Pressefreiheit, S. 19 ff, mit Nachweisen und zusammenfassend S. 181.

das Gepräge geben und für deren Zulässigkeit und Durchführung Grundlage und Maßstab darstellen. Unter diesen Voraussetzungen müssen besonders erstens Begünstigung und Belastung des Subventionsempfängers, zweitens Benachteiligungen nichtsubventionierter Dritter, drittens die zutreffende Auswahl der für den Einzelfall anwendbaren Rechtstypen und viertens die Arten der verschiedenen Wirtschaftssubventionen berücksichtigt werden. Außerdem gewinnen die zahlreichen vom Subventionswesen tangierten grundgesetzlichen Bestimmungen und schließlich auch die Fragen hinsichtlich der Rechtsform der Wirtschaftssubventionen erhöhte Bedeutung. Die Beschäftigung mit dem Instrumentalen, dem staatsrechtlichen Ursprung und System der Wirtschaftssubventionen beansprucht gegenüber reinen Durchführungs-, Abwicklungs-, Form- und Rechtsschutzfragen den Vorrang.

Wirtschaftssubventionen und Subventionen für andere öffentliche Bereiche stellen keine verschiedenen "Instrumente" staatlicher "Machtmittel" dar, sondern es handelt sich lediglich um "unterschiedliche Anwendungsbereiche desselben Instruments"¹⁾. Der Begriff der Wirtschaftssubventionen wird aber konkretisiert, indem alle nicht an Unternehmen der Erwerbswirtschaft gewährten staatlichen Leistungen eliminiert werden. Der "Produktionsbegriff" wird bei Wirtschaftssubventionen im Unterschied zu anderen Subventionsbereichen betont.

1) Friauf, a.a.O., S. 731. Wirtschaftssubventionen stellen jedoch die wichtigste Gruppe, was das finanzielle Volumen und die vielfältigen Wechselwirkungen anbelangt, dar; vgl. Völker, Leistungsverwaltung, S. 47; Ipsen, Subventionen, S. 262; Eppe, a.a.O., S. 82; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 194.

3. KAPITEL

Die Wirtschaftssubventionen und das Verfassungsrecht

Die Wirtschaftssubventionen haben sich im Laufe der Jahre als integrierter Bestandteil des Haushaltsplanes entwickelt. Im Rahmen der Sozialstaatlichkeit und der Sozialen Marktwirtschaft¹⁾ erfolgte ihre Etablierung in gewohnheitsrechtlichen Formen, zumal der verfassungsmäßige Rang und die schwache Stellung im Grundgesetz, welche sie einnehmen, durch keine ausdrückliche Kompetenz in der Verfassung zur Wirtschaftslenkung und Förderung bestimmter Wirtschaftsgruppen und Einzelunternehmen gedeckt wird²⁾. Die Feststellung Ipsens³⁾, daß sich die "konstitutionellen Schranken zulässiger Subventionierungen auch aus den geschriebenen und ungeschriebenen Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung" ergäben, darf die in Art. 20 Abs. 3 GG konkret geforderte verfassungsrechtliche Grundlage für jede Tätigkeit des Staates, mithin auch des Subventionswesens, nicht ersetzen.

-
- 1) Nipperdey, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 741 ff (S. 861 ff, insbes. S. 874 u. 908), ist der Auffassung, daß im Grundgesetz Normen und Verfassungsgrundsätze enthalten seien, die - im Zusammenhang betrachtet - die Wirtschaftsform der sozialen Marktwirtschaft involvierten, daß die Wirtschaftsordnung der sozialen Marktwirtschaft mithin institutionell garantiert sei (mit weiteren Nachweisen). Ähnlich auch Stern, Gedanken, S. 326, wo es heißt, daß "Staat und Wirtschaft verfassungsdurchwirkt" seien. Vgl. ebenso Friauf, Subventionswesen, S. 733.
 - 2) Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 21 f; Bellstedt, Subventionen, S. 162; Scheuner, Intervention, S. 18 ff; eindringlich Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 3, wo aufgezeigt wird, daß das Wirtschaftsverfassungsrecht zur Begriffsbildung der Wirtschaftssubventionen am wenigsten beizutragen vermag, weil die Wirtschaftssubventionen in den betreffenden Katalogen nicht aufgenommen seien, ein Rechtsanspruch auf sie unter keinen Umständen bestehe; Götz sieht daraufhin das rechtspolitische, verfassungs- und verwaltungsrechtliche Problem der Subventionsvergabe als ein Problem gerechter Verteilung an (S. 36 f). Weit. Ausführungen zum Fehlen der Subventionierungskompetenz auf S. 251 ff. Vgl. im übrigen Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 215; Ipsen, Subventionen, S. 265; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 209 f.
 - 3) Ipsen, Subventionierung, S. 36. Ähnlich VGH Kassel, DVBl. 63, 443 ff, 446.

Es stellen sich, ohne wegen des Fehlens echter Subventionsnormen im Grundgesetz die Rechtmäßigkeit der Wirtschaftssubventionen in ihrer Gesamtheit negieren zu wollen, die folgenden Fragen: Kann das Sozialstaatsprinzip als Grundlage des Subventionsrechts dienen? Enthält das Bonner Grundgesetz ein wirkliches und positiv ausgestaltetes Wirtschaftsverfassungsrecht auch für Wirtschaftssubventionen? Welche Verfassungsnormen erteilen über Wirtschaftssubventionen Auskunft? Inwieweit ergibt sich aus den ersten drei Artikeln des Grundgesetzes als "einer Art höherer Rechtssätze"¹⁾ die Zulässigkeit staatlicher Wirtschaftslenkung mittels Subventionen? Wird das Gesetzmäßigkeitsprinzip im Bereich des Subventionsrechts in ausreichendem Maße gewahrt, selbst wenn bei gewählender Staatstätigkeit größere Gestaltungsfreiheit herrscht als in Fällen der Eingriffsverwaltung? Welche staatsrechtlichen Prinzipien, welche bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen angesprochenen Grundrechte verlangen Beachtung?

Die Beantwortung der vorliegenden Problematik soll insbesondere unter dem Gesichtspunkt erfolgen, daß die Verfassung für alle Tätigkeit des Staates maßgebend ist und nicht umgekehrt²⁾.

I. Verfassungsrechtliche Ermächtigungen zu Wirtschaftssubventionen

1. Artikel 9 GG

Die Vereins- und Koalitionsfreiheit des Art. 9 GG stellt keinen Widerspruch zu Wirtschaftssubventionen dar, bildet aber andererseits auch keine gesetzliche Grundlage für sie. Die Vorschrift gestattet den in der Wirtschaft Tätigen, sich in Wirtschaftsorganisationen und Interessenvertretungen zusammenschließen zu können³⁾. Art. 9 GG als Grundlage der Wirtschaftsverbände und -gruppen darf nicht als Subventionsgrundlage verstanden werden.

2. Artikel 74 Nr. 11 GG

Das Recht der Wirtschaft ist in Art. 74 Nr. 11 GG "in einem umfassenden Sinne" zu verstehen und berechtigt den Bund zu einer

1) Scheuner, a.a.O., S. 19-21.

2) Götz, a.a.O., S. 307.

3) v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 9 GG, III u. V.

eigenen Wirtschaftspolitik¹⁾. Auch wenn die Möglichkeit bestehen sollte, gewisse Förderungsmaßnahmen des Bundes über Art. 74 Nr. 11 GG konstruieren zu können²⁾, bietet die Vorschrift im Detail zu einer Regelung des Subventionsrechts in seiner heutigen Form keinen Ansatzpunkt. Benötigt wird eine Bestimmung, die der progressiven Entwicklung auf diesem Gebiete gerecht wird und exklusiv die Grundlagen eines Subventionsrechts umfaßt. Dieses Erfordernis ist in Art. 74 Nr. 11 GG nicht gewährleistet³⁾; eine verfassungsmäßige Ermächtigung für Subventionen und deren gesetzliche Regelung kann hieraus nicht abgeleitet werden. Art. 74 Nr. 11 GG bestimmt lediglich die Gesetzgebungskompetenz im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern (Art. 72 Abs. 1 GG)⁴⁾. Die Exekutive kann aber nicht auf Grund dieser Zuständigkeitsvorschrift anstelle des Gesetzgebers tätig werden⁵⁾.

3. Artikel 115 GG

Art. 115 Satz 2 und 3 GG enthält ebensowenig eine Subventionierungskompetenz⁶⁾. Die Vorschrift beinhaltet eine Etatnorm und bestimmt, daß haushaltsrechtliche Schranken nicht überschritten werden dürfen, es vielmehr für langfristige Leistungen des Bundes eines Gesetzes bedarf⁷⁾. Sie will ein Handeln der Exekutive "mit finanziellen Auswirkungen ohne parlamentarische Ermächtigung"⁸⁾ verhindern und bewirkt somit das Gegenteil einer Subventionsermächtigung⁹⁾ an die Verwaltungsbehörden.

-
- 1) Rübner, Öff. Verwaltung, S. 218; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 23; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 158; v. Mangoldt-Klein, GG II, Art. 74 Nr. 11, XIX 2 a.
 - 2) So Rübner, a.a.O., S. 218 f.
 - 3) v. Mangoldt-Klein, a.a.O., XIX 2 b.
 - 4) Vgl. Maunz-Dürig, GG II, Art. 74, Anm. 1 u. 11, beachte auch Anm. 61-73; v. Mangoldt-Klein, GG II, Art. 74, Anm. II 1, 6 und XX 2 b; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 308 ff; Rübner, a.a.O., S. 218 ff.
 - 5) Bellstedt, Subventionen, S. 162; Hamann, Rechtsstaat, S. 25; v. Mangoldt-Klein, a.a.O., XIX 2 c; a.... BVerfGE 4, 13; 8, 149.
 - 6) a.A. Hamann, Kredite, S. 865; siehe auch Jesch, Gesetz, S. 185.
 - 7) In diesem Sinne auch Ipsen, Subventionierung, S. 34 f; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 22 f; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 304; vgl. auch Maunz-Dürig, GG II, Art. 115, Anm. 1, siehe ebenso Anm. 12 und 15 mit weiteren Nachweisen.
 - 8) Maunz-Dürig, a.a.O., Art. 115, Anm. 1.
 - 9) Vgl. Bellstedt, Subventionen, S. 162.

Im folgenden ist zu untersuchen, welche verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte bei der Vergabe von Subventionen zu beachten sind.

4. Das Sozialstaatsprinzip

a) Der soziale Rechtsstaat

In Art. 20 Abs. 1 GG wird der "soziale Bundesstaat", in Art. 28 Abs. 1 GG der "soziale Rechtsstaat" proklamiert. Der Begriff der Sozialstaatlichkeit ist über Art. 79 GG, dessen Abs. 3 eine Änderung der Art. 1 bis 20 GG für unzulässig erklärt, fest verankerter Bestandteil des Grundgesetzes. Der Rechtsstaatsbegriff kommt bereits in Art. 1 GG zum Ausdruck und wird insofern ebenfalls durch Art. 79 Abs. 3 GG als unabänderlich festgelegt.

Die Begriffsbildung "sozialer Rechtsstaat" hat ganz besonders im Schrifttum unübersehbare Ausdeutungsversuche erfahren¹⁾. Eindeutig haben sich jedoch zwei verschiedene Meinungen herauskristallisiert, wobei wiederum einzelne Vertreter der unterschiedlichen Auffassungen einlenken und somit in der Diskussion völlig konträre Standpunkte abzubauen seinen.

Forsthoff²⁾ als führender Vertreter der einen Auffassung erklärt, daß die "Entscheidung für den Rechtsstaat im Grundgesetz primär und evident" sei³⁾, daß Rechts- und Sozialstaat "ihrer Intention

-
- 1) Beispielhaft seien genannt: Forsthoff, Rechtsstaat; Bachof, Rechtsstaat; Ipsen, Über das Grundgesetz, Hamburger Universitätsreden 9, 2. Aufl., Hamburg 1965, S. 7-43; Derselbe, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10, 74 ff; Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Aus Geschichte und Politik, Festschr. f. Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279-300 (Zit. Zum Begriff des Rechtsstaates); Menger, Sozialer Rechtsstaat; Köttgen, Der soziale Bundesstaat, in: Neue Wege der Fürsorge, Festg. f. Hans Muthesius, Köln 1960, S. 19-45 (Zit. Bundesstaat); Scheuner, Intervention; Derselbe, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschr. zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 229-262; Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat; Derselbe, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 201 ff.
 - 2) Rechtsstaat und auch Verfassungsprobleme des Sozialstaats, 2. Aufl., Münster 1961, S. 3-24; Grewe, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949, 349 ff; Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZGes.StW. 106, 390 ff; wohl auch Schneider, Gewaltenteilung, S. 193 f; Kohlmann, Ermessensgebrauch, S. 26.
 - 3) Rechtsstaat, S. 14.

nach durchaus verschieden" seien, ja, Gegensätze¹⁾ bildeten. Das "sozialstaatliche Bekenntnis" habe "keine institutionelle Bedeutung" und berühre "die strukturelle Verfassungsform der Bundesrepublik nicht"²⁾. Vielmehr sei diese nach wie vor mit dem Begriff Rechtsstaat erschöpfend bezeichnet. Durch das sozialstaatliche Bekenntnis werde lediglich eine inhaltliche Determinierung getroffen. Eine Verbindung von Rechtsstaat und Sozialstaat finde also nicht auf Verfassungsebene, sondern erst bei dem Zusammenspiel von Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung statt, zumal das Adjektiv "sozial" für die juristische Begriffsbildung überhaupt unbrauchbar sei³⁾.

Die andere und wohl in der Mehrzahl befindliche Gruppe betont mit Entschiedenheit, daß der soziale Rechtsstaat eine Einheit bezeichne, mithin die Annahme einer Antinomie zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat verfehlt sei; vielmehr impliziere die Rechtsstaatlichkeit die Verpflichtung zu neuen sozialen Aufgaben des Staates; neben die Gewährleistungen des Rechtsstaates seien die Gewährungen getreten, welche die Formel des sozialen Rechtsstaates beinhalte⁴⁾. Der heutige Rechtsstaat bekenne sich nicht nur zu der unantastbaren Würde der menschlichen Persönlichkeit als einem vor- und überverfassungsmäßigen Rechtsgut, sondern habe in der Staatszielbestimmung des sozialen Rechtsstaates die Aufgabe des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung aufgenommen⁵⁾. Die Sozialstaatsklausel beeinflusse außerdem die Beurteilung und Interpretation aller Grundrechte nach ihrem Ideen-gehalt, wobei der sozialordnungsbezügliche Gehalt etwa bei den

1) a.a.O., S. 19

2) a.a.O., S. 29.

3) a.a.O., S. 27 f.

4) Bachof, Rechtsstaat, S. 37 ff; Ipsen, Über das Grundgesetz, a.a.O., S. 19; Derselbe, Enteignung und Sozialisierung, a.a.O., S. 74 ff; Abendroth, a.a.O., und VVDStRL 12, 85 ff, wo dem Sozialstaatsprinzip eine sozialistische Deutung zuteil wird; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 24 ff; Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 201-203; Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, 197; Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, a.a.O., S. 30 ff; Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem, S. 71 ff; Wolff, Verw.Recht I, S. 49 ff, und Verw. Recht III, S. 132 ff; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 284 f, u.v.a.

5) Bachof, a.a.O., S. 37 ff; Mallmann, VVDStRL 19, 165 ff, 183 f; Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR 81 (42 n.F.), 1 ff, 27 ff.

Art. 2 Abs. 1 und 2, 3, 6 Abs. 3, 12, 14 und 15 GG hervortrete¹⁾. Insofern das Sozialstaatsprinzip in den Grundrechten "nähere Ausprägung" erfahren habe, seien Exekutive und Rechtssprechung zum unmittelbaren Verfassungsvollzug verpflichtet, in erster Linie aber seien Ermächtigung und Auftrag zur Sozialgestaltung an den Gesetzgeber gerichtet. Der Standort von Rechts- und Sozialstaat befinde sich teils in der Ebene der Verfassung, teils in der unterverfassungsmäßigen Rechtsordnung²⁾.

Die Beleuchtung des Begriffspaares "sozialer Rechtsstaat" vermag auf den ersten Blick in der Tat eine Widersprüchlichkeit aufzuzeigen, zumal das Grundgesetz wohl einerseits Sozialstaatlichkeit verkündet, andererseits jedoch die ursprünglichen bürgerlich-liberal-rechtsstaatlichen Formeln in seinem Grundrechtsteil bekräftigt. Der Rechtsstaat verbürgt neben dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, der Unabhängigkeit der Gerichte, der Gewaltenteilung die Beachtung der Grundrechte. Der Sozialstaat fordert die allgemeine Gleichheit zum Wohle aller, Existenzsicherung, Hilfe für sozial schwächere Bevölkerungsschichten und Ausgleich sozialer Spannungen innerhalb des Staatsvolkes.

Während der Rechtsstaat "den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung"³⁾ proklamiert, ist der Sozialstaat "im Unterschied zum Obrigkeitsstaat und zum liberalen Rechtsstaat als Staat der Daseinsvorsorge ein Staat der Leistung und der Verteilung"⁴⁾, der die soziale Ordnung gestalten soll⁵⁾ und den Einzelnen nicht seiner gesellschaftlichen Situation überläßt, sondern Teilhabe gewährt⁶⁾ und soziale Gerechtigkeit schafft⁷⁾.

1) Bachof, a.a.O., S. 41 f.

2) Derselbe, a.a.O., S. 43 f. Ergänzend hierzu Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 200 ff, insbes. S. 201-203: Danach beruht der Staat auf sozialer Integration, wobei eine dreifache Sozialpflichtigkeit aus dem Sozialstaatsprinzip konstruiert wird, die sich besonders auf das Wirtschaftsverfassungsrecht auswirke. Jedenfalls befinde sich das Sozialstaatsprinzip in untrennbarer Verknüpfung mit dem Rechtsstaatsprinzip.

3) Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, a.a.O., S. 253 ff; Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat I u. VII 1, S. 249 u. 267; Fechner, Sozialer Rechtsstaat, S. 4 f.

4) ForsthoFF, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 6 f.

5) Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, a.a.O., S. 74 ff.

6) ForsthoFF, Rechtsstaat, S. 18 f.

7) Scheuner, Grundfragen des modernen Staates in: Recht, Staat und Wirtschaft, Bd. III, S. 154; Menger, Sozialer Rechtsstaat, S. 30 f; Abendroth, Zum Begriff des Rechtsstaates, a.a.O., VI; Gerber, Die Sozialstaatsklausel, 5 e; Wolff, Verw.Recht I, S. 49.

Die evidente Polarisierung der beiden Begriffe darf jedoch nicht in einem Spannungsfeld unüberbrückbarer Gegensätze ausarten. Der berechtigte Formalismus Forsthoffs¹⁾ muß allerdings an der jüngeren Geschichte orientiert sein und die bisherige, gegenwärtige sowie zukünftige Entwicklung der sozialen Wirklichkeit und der mit ihr zwangsläufig verbundenen Problemkreise berücksichtigen. Hierzu zählen auch die Veränderungen, denen Verfassung und Verwaltung - historisch bedingt - unterzogen wurden. Beispielgebend erscheint in diesem Blickwinkel die Leistungsverwaltung, die nunmehr weitgehende Bereiche betreut, welche früher Domäne der Eingriffsverwaltung waren²⁾. Dies sei zur Verdeutlichung des vollzogenen Fortschritts nochmals in Erinnerung gerufen.

Der dynamische Wandel des Alltags hat auf das Recht abgefärbt, und zweifellos haben die vielfältigen Impulse auch zu Veränderungen der Verfassung beigetragen³⁾. Das Recht ist nicht statisch. Wohl überbrücken Verfassungen und Gesetze - von immer wiederkehrenden Ausnahmen abgesehen - Zeiträume, deren Dauer bei anderen, ständig im Fluß befindlichen Wissenschaften undenkbar ist; doch die vom Recht an der Gesellschaft gemessenen Neuprägungen, aber auch Anpassungen an geschichtlich feststehende, unwiderrufliche Veränderungen tragen in entscheidendem Maße zu dessen Belebung bei. Die Verflechtung des Rechts mit der von ihm zumeist gestalteten, teilweise dennoch vorausseilenden Umwelt ist unbedingt erforderlich.

Rechtsstaat und Sozialstaat ergänzen sich demnach, bilden keine absolute Antinomie, sondern stehen in sinnvoller Wechselbeziehung zueinander⁴⁾. Die Wahrung des Sozialstaatlichen ist für den modernen Rechtsstaat gleichermaßen Voraussetzung. Diese Konstellation bedarf der gezielten Abwägung zwischen Rechtsstaat, Sozial- und Wohlfahrtsstaat, um die im grundgesetzlichen System enthal-

1) S.o. die Zusammenfassung der Forsthoffschen Thesen.

2) Siehe 2. Kap. I.

3) Unter soziale Einflußnahme z.B. gelangten vornehmlich die Grundrechtsartikel 2 Abs.1, 3, 6 Abs. 3, 12, 14 und 15; vgl. auch Bachof, Rechtsstaat, S. 41 f, f.v.a.

4) Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 203; derselbe, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 249 u. 269; in diesem Sinne auch Menger, Sozialer Rechtsstaat, S. 19; Fechner, Sozialer Rechtsstaat, S. 7. Siehe jedoch Abendroth, Zum Begriff des Rechtsstaates, a.a.O., VII; a.M. Forsthoff, Rechtsstaat, S. 19, 33; Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem, I 2; v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 20, VII 4.

tenen Abgrenzungen zu präzisieren, die Berührungspunkte herauszustellen.

Das System des Rechtsstaates gewährleistet Recht auf Leben, Freiheit und Eigentum des Einzelnen und beschränkt Eingriffe des Staates gegenüber diesen grundgesetzlich verbürgten Rechtsgütern; der Sozialstaat gewährt Gemeinwohl durch Daseinsvorsorge für die Allgemeinheit und verlangt gerade deshalb interventio-nistische Tätigkeit der Hoheitsträger¹⁾. Der Wohlfahrtsstaat beinhaltet sozialistische Tendenzen und versucht, den wirtschaftlichen und finanziellen Ausgleich innerhalb des gesamten Staatsvolkes herbeizuführen²⁾.

Der an den Gesetzen ausgerichteten Freiheit des Rechtsstaates steht also der mit Lenkungsabsichten und Zwang verbundene Sozialstaat gegenüber, der wiederum seine Grenze an dem auf strikte Reglementierung ausgerichteten Wohlfahrtsstaat findet³⁾. Die zwischen Rechts- und Sozialstaat mögliche Ergänzung kann sich nur aus dem Spannungsverhältnis von Freiheit und Zwang ergeben⁴⁾, insoweit sich für diese Zielsetzung eine Kompromißformel erwirken läßt. Der mit der Sozialstaatlichkeit für den Einzelnen verbundene Zwang, seine Freiheitsrechte des "status negativus" verfassungskonform an der Sozialstaatsklausel auszurichten, kann lediglich durch den Ideengehalt der modernen Gesellschaftsordnung begründet werden. Dieser verkündet die Pflicht zur Rücksichtnahme der Staatsbürger untereinander wie auch gegenüber dem Staat und ebenso die des Staates gegenüber den Bürgern⁵⁾. Er fordert fernerhin den Einzelnen zur aktiven Teilhabe am staatlichen Geschehen

- 1) Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 249 f, S. 267; derselbe, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 10 ff; Scheuner, Intervention, S. 7 ff; vgl. auch Menger, a.a.O., S. 30; Gerber, Sozialstaatsklausel, 5 g; Köttgen, Bundesstaat, S. 29 f.
- 2) Benda, Wirtschaftspolitik, S. 852; Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem, S. 79.
- 3) Menger, a.a.O., S. 30; Scheuner, Intervention, S. 7 ff, S. 19 f; Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 255 f; derselbe, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 203; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 55; sehr ausführl. Zacher, Theorie der Wirtschaftsverfassung, dort: IV, Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz, S. 89 bis 100, m. zahlreichen Hinweisen.
- 4) Vgl. hierzu insbes. Fechner, a.a.O., S. 9 ff, mit weiteren Nachweisen.
- 5) Menger, a.a.O., S. 27, mit weit. Nachweisen, charakterisiert diese Einstellung mit dem Satz: "Freiheit verpflichtet". Zustimmung Gerber, a.a.O., 5 a. Siehe hierzu die kritische Stellungnahme von Abendroth, a.a.O., VII.

auf, zur Teilnahme an der Gesamtaufgabe, deren Bewältigung der Staat vom Bürger durch dessen persönliches Engagement erwartet. Die Freiheit vom sozialstaatlichen Zwang erreicht der Einzelne durch die bei ihm vorausgesetzte aktive Freiwilligkeit hinsichtlich seiner Mitwirkung bei der Schaffung der vom demokratischen Rechtsstaat erwarteten Daseinsvorsorge, die maßgeblicher Inhalt des am gemeinen Wohl orientierten Sozialstaatsprinzips ist. In der Weise umgeht er den Verzicht auf die ihm garantierte Freiheit. Werden diese Erwartungen nicht erfüllt, so erzwingt "die Rechtsordnung das notwendige Mindestmaß an gemeinschaftsbezogenem Verhalten"¹⁾, welches die Gesamtheit vom Einzelnen beanspruchen kann²⁾.

Die Synthese von Rechtsstaat und Sozialstaat obliegt mithin jedem Einzelnen gleichsam als sittliche Pflicht, indem "durch die freiwillige Hingabe des Staatsbürgers an das Ganze" die "Freiheit von Zwang ermöglicht" wird³⁾. Die Erwirkung des in dem Grundgesetz aufgenommenen sozialen Rechtsstaates in dieser Form wahrt nicht nur die Eigenständigkeit der beiden ursprünglich polaren Begriffsmerkmale, sondern schafft außerdem das erstrebenswerte Verhältnis des Bürgers zum Staate und umgekehrt, welches den Rechtsstaat als oberstes zu schützendes Rechtsprinzip voraussetzt und für die Verwirklichung des sozialen Momentes im Rechtsstaat in konstruktivem Sinne Sorge trägt. Ohne das Bekenntnis zum Wohlfahrtsstaat, den staatlicher Dirigismus kennzeichnet, abzugeben, werden durch den sozialen Rechtsstaat Aufgaben wahrgenommen, welche diesem Staatsverständnis zugeordnet sind. Angestrebtes Ziel ist die Gerechtigkeit für jedermann als entscheidendes Moment⁴⁾.

Insofern versteht sich der "soziale Rechtsstaat" als die zeitgemäße Form des Rechtsstaates, welche den freien, selbstverantwortlichen Menschen zur Rücksichtnahme gegenüber dem Staat

1) Fechner, a.a.O., S. 15; zur Gesamtproblematik vgl. S. 12 ff. Siehe auch Bachof, Rechtsstaat, S. 46; Hesse, a.a.O., S. 85 ff; Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 261; Derselbe, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 201 f; v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 20, VII 4; Leibholz/Rinck, GG, Art. 1, Anm. 1 u. 2, Art. 2, Anm. 2.

2) Fechner, a.a.O., S. 16.

3) Derselbe, a.a.O., S. 17 f. In diesem Sinne auch Menger, a.a.O., S. 19, 23 f u. 26.

4) Menger, a.a.O., S. 25, 30 f; derselbe, Verwaltungshandeln, S. 299; Bachof, Rechtsstaat, S. 38 ff; Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 202; v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 20, VII 3.

verpflichtet und vor dem Egoismus des Einzelnen bewahrt¹⁾. Der Rechtsstaat dieser Epoche vermag nicht ohne die Einbeziehung des Sozialstaatlichen verwirklicht zu werden, der Sozialstaat hingegen hat unter der gegebenen Ausrichtung des Grundgesetzes sowie der gewachsenen Gesellschaftsform keine Daseinsberechtigung, wenn er nicht zugleich Rechtsstaat ist²⁾. Persönliche Freiheit und soziale Gerechtigkeit fordern das im Grundgesetz niedergelegte Postulat des "sozialen Rechtsstaates".

b) Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die
Subventionierung der Wirtschaft

Allgemein wird anerkannt³⁾, daß es verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe eines sozialen Rechtsstaates sei, Leistungsverwaltung und damit Subventionierung zu betreiben; auch die Wirtschaftssubventionen werden also über die Sozialstaatsklausel der Art. 20 I, 28 I GG gerechtfertigt.

Neben der Gewährung des "Existenzminimums"⁴⁾, welches anerkanntermaßen bereits durch Art. 1 GG verbürgt wird, ist der Staat berechtigt, Daseinsvorsorge mittels Interventionismus⁵⁾ zu betreiben, wenn dies der dem sozialen Rechtsstaat auferlegten Verpflichtung, ein Höchstmaß an Gemeinwohl zu garantieren, genügt. Es kann aber nicht Inhalt und Sinn der Sozialstaatsklausel sein, in jedem Falle wirtschaftliche Ungleichheiten durch Subventionen kompensieren zu wollen⁶⁾.

-
- 1) Menger, Sozialer Rechtsstaat, S. 27; vgl. Schneider, pro libertate, S. 259 f, wo von der Vermutung ausgegangen wird, daß der Einzelne in Freiheit auch wirtschaftlich der Lebenssituation gewachsen sei, ihm keine Sozialansprüche zustünden.
 - 2) Für viele andere: Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 267 ff; Bachof, a.a.O., S. 38 f; Abendroth, a.a.O., VII; Hesse, a.a.O., S. 77 ff.
 - 3) Vgl. die obigen Ausführungen und Ipsen, Subventionierung, S. 11; Wolff, Verw.Recht III, S. 219; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 25; Hamann, Subventionsrecht, S. 490; Scheuner, Intervention, S. 59; Bullinger, Vertrag und VA, S. 96; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 16.
 - 4) Vgl. v. Münch, Gleichheitssatz, S. 287 f.
 - 5) Hierzu zählen Wirtschaftssubventionen, s.o. 2. Kap. I 2, aber auch a).
 - 6) Damit sind die Behebung akuter Krisensituationen und die Verwirklichung gesamtwirtschaftlicher Intentionen nicht ausgeschlossen.

Das Vorstehende wird durch das aus Art. 2 I GG abzuleitende Subsidiaritätsprinzip¹⁾ bekräftigt, obschon die Sozialstaatsklausel auch Art. 2 GG innewohnt²⁾. Das Subsidiaritätsprinzip bildet die Schranke einer jeden Leistungsverwaltung und besagt, daß Förderungsmaßnahmen erst angesetzt werden dürfen, wenn es die Gesamtlage aus Gründen des Gemeinwohls tatsächlich verlangt. Mithin besteht hierdurch ein Regulativ für die Vergabe von Wirtschaftssubventionen, welches die geltende Wirtschaftsordnung der freien Marktwirtschaft³⁾ mitbestimmt, die Eigeninitiative in den Vordergrund gerückt sehen und staatliche Leistungen nur als notwendige Unterstützungen⁴⁾ verstanden wissen will.

Es stellt sich die Frage, ob das Gesamtvolumen der staatlicherseits gebilligten Subventionsmaßnahmen insbesondere im Wirtschaftsbereich durch die Wechselbeziehung von Grundrecht und

1) Ipsen, Subventionen, S. 292 f; Wolff, Verw.Recht III, S. 136 f, 219 ff; Menger, Sozialer Rechtsstaat, S. 24 f; Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 205; Friauf, Subventionswesen, S. 733; Maunz, Staatsrecht, S. 64; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 55, 57; Zacher, Theorie der Wirtschaftsverfassung, S. 99.

2) s.o. unter a).

3) Vgl. aber Leibholz/Rinck, GG, Art. 20, Anm. 12; Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Heft 10 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, 1954, ist der Auffassung, daß im Grundgesetz Normen und Verfassungsgrundsätze enthalten seien, die - im Zusammenhang betrachtet - die Wirtschaftsform der sozialen Marktwirtschaft involvierten, daß die Wirtschaftsform der sozialen Marktwirtschaft mithin institutionell garantiert sei. Derselbe, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 741 ff, 861 ff, insbes. 874 und 908 mit weiteren Nachweisen. Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 100 ff; Benda, Wirtschaftspolitik, S. 849; Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 209 f.

4) Benda, Wirtschaftspolitik, S. 849, stellt zu Recht die Frage, ob die soziale Marktwirtschaft in Zeiten der Konjunkturabschwächung das "unveränderte Leitbild der Wirtschaftspolitik bleiben wird". Vgl. auch S. 850 ff. - Forsthoff, Rechtsstaat, S. 33, warnt vor "radikaler Sozialstaatlichkeit", die in einem Verwaltungsstaat ende, der "nicht mehr Rechtsstaat" sein könne. Siehe auch Wolff, Verw.Recht III, S. 136 f. u. 219; Ipsen und Stern, VVDStRL 25, S. 436 f (Aussprache); ähnlich Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 230.

Sozialstaatsklausel gedeckt wird. Die Bejahung fällt angesichts des ständig wachsenden Umfanges der Wirtschaftssubventionen¹⁾ schwer. Dabei bieten nicht nur die in der Mehrzahl anzutreffenden Formen der Bereitstellung nach Haushaltsgesetz und -plan, durch Etat, einfache Parlamentsbeschlüsse und Globalermächtigungen Anlaß zur Skepsis, sondern gleichfalls die verständliche Tatsache, daß in dem Gebilde eines "sozialen Rechtsstaates" eine gewisse "Subventionsmentalität"²⁾ entstanden ist. Der starke Einfluß mächtiger Wirtschaftsgruppen und einer mit hoher Effizienz tätigen Lobby³⁾ konnte die Berücksichtigung auch solcher Kreise bewirken, die - an sozialstaatlichen Zielen und deren Abgrenzung zum Wohlfahrtsstaat gemessen - nicht für förderungswürdig erachtet werden können⁴⁾. Derlei Subventionierungen dürfen nämlich von der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge nicht umfaßt werden, da der Sozialstaat weder die "Risiken der freien wirtschaftenden Tätigkeit abnehmen"⁵⁾ kann und darf, noch durch extreme staatliche Leistungen die Umwandlung in einen "Wohlfahrts- oder Versorgungsstaat" zu vollziehen hat⁶⁾. Sie sind, wenn in dieser Breite und Allgemeinheit überhaupt zulässig, nach anderen Kriterien zu beurteilen. Das Sozialstaatsprinzip in seiner allgemeinen Aussage jedenfalls gestattet eine Vielzahl der alltäglichen Subventionsmaßnahmen gewiß nicht, da es an deren notwendiger Spezifikation und Abgrenzung bezüglich der Gemeinwohlverwirklichung fehlt⁷⁾. Deshalb ergibt sich das Erfordernis der problembezogenen gesetzlichen Regelung.

Kommt hiermit zum Ausdruck, daß neben der konkreten Prüfung der Förderungsziele auch eine solche des meist großen Empfängerkreises stattfinden muß, so folgt daraus, daß entgegen einer vielfach vertretenen Meinung⁸⁾ das Sozialstaatsprinzip die Wirtschaftssubventionen nicht dem Gutdünken der Exekutive überläßt, sondern allenfalls den Auftrag zu deren umfassender Regelung

1) Vgl. Finanzbericht 1966 u. 1967.

2) Eppe, Subventionen, S. 18, mit weiteren Nachweisen.

3) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 23 ff, mit ausführlicher Darstellung und weit. Nachweisen.

4) Vgl. die kritische Stellungnahme von Zacher, a.a.O., S. 99 f.

5) v. Münch, Gleichheitssatz, S. 288.

6) s.o. unter a) u. Menger, Sozialer Rechtsstaat, S. 30, sowie Verwaltungshandeln, S. 299, 302; Stern, Gedanken, S. 327.

7) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 265 f.

8) Für viele andere: Bachof, Rechtsstaat, S. 43, 63; Wolff, Verw.Recht III, S. 219 f.

dem Gesetzgeber erteilt¹⁾. Daraus ergibt sich, daß in Vergangenheit und Gegenwart ein beachtlicher Teil der gesamten Wirtschaftssubventionen nur bedingt anhand rechts- und sozialstaatlicher Voraussetzungen zur Verteilung gelangte. Der Gehalt des Sozialstaatsprinzips für Wirtschaftssubventionen wurde demgemäß in unzulässiger Weise beurteilt und überbeansprucht. Eine Berechtigung der Exekutive zu Wirtschaftssubventionen über das Sozialstaatsprinzip ohne gesetzliche Grundlage besteht mithin nicht, da hierfür eine direkte grundgesetzliche Legitimation fehlt. Auch wenn die Rechtsstaatlichkeit nicht mit der Gesetzmäßigkeit identisch ist²⁾, so liegen in den Gesetzen doch die wesentlichen Grundlagen, um rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen und sozialstaatliche Anliegen erfüllen zu können.

Die staatliche Finanzmacht bringt ungefähr die Hälfte ihres Haushaltes für Subventionen auf, von denen wiederum der maßgebliche Anteil der Wirtschaft zufließt. Bedenkt man den Umfang der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht durch den Ideengehalt des "sozialen Rechtsstaates" zur Verteilung gelangenden Wirtschaftssubventionen, so rechtfertigt dies den Schluß, daß eine viel zitierte und überbeanspruchte Sozialstaatsklausel bemüht wird, um den ständig steigenden, nie aber nachlassenden Forderungen starker Gruppen und Verbände den Schein der Legalität und grundgesetzlichen Basis zu verleihen. Das Sozialstaatsprinzip ermangelt unter diesen Umständen der Eignung, für ein Recht der Wirtschaftssubventionen als alleinige, aber notwendige verfassungsrechtliche Grundlage zu gelten. Dies umso mehr, als eben die dringende Vermutung nicht entkräftet zu werden vermag, daß ein Wirtschaftssubventionsrecht durch den verfassungsrangigen Grundpfeiler der Sozialstaatlichkeit gestützt wird, welches diese umfassende Rechtfertigung nicht verdient³⁾.

1) Stern, Gedanken, S. 329, und Rechtsfragen, S. 524; Menger, Verwaltungshandeln, S. 302 f; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 96 ff; Götz, a.a.O., S. 283 f; Weber, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 415.

2) Götz, a.a.O., S. 284.

3) Bellstedt, Subventionen, S. 162. Hierüber kann auch die Lehre vom Sozial- und Subventionsprinzip nicht hinwegtauschen, zumal sie nur namentliche Grundlagen schafft; vgl. Wolff, Verw.Recht I, § 25 I a 2, und Eppe, Subventionen, S. 60 bis 70, mit ausführlicher Stellungnahme.

Das Wirtschaftsverfassungsrecht hat beispielhaft in anderer Hinsicht gesetzliche Neuschöpfungen erfahren. So wurde mit der Änderung des Art. 109 GG "eine wirtschaftspolitische Zielentscheidung mit Verfassungsrang vorgenommen"¹⁾. Hier vollzog sich im Wirtschaftsverfassungsrecht eine Neugestaltung, welche "die Epoche der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes" beendet hat²⁾. Besonders stark betont wird in diesem neuen Grundgesetz-Artikel die Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.

Global steuernde Maßnahmen im Rahmen der Neuformung und Veränderung des Wirtschaftsverfassungsrechts sind auch subventive Eingriffe, die jedoch im Gegensatz zu den Absätzen 3 und 4 des Art. 109 GG durch den Gesetzgeber exakter festgelegt werden müßten. Hierzu zählen beispielsweise eindeutige Normen als Voraussetzungen für Wirtschaftssubventionen, die - abgesehen von den ihnen nachfolgenden einzelgesetzlichen Regelungen - bereits Detailbestimmungen über Standardvoraussetzungen sowie der zu Subventionierungen notwendigen Gesetze beinhalten könnten. Neben einer Entwirrung der vielfältigen Problematik, die schon in den Grundlagen des Subventionsrechts ihren Ursprung hat, dürfte die vorgeschlagene Maßnahme gleichfalls eine Beseitigung derjenigen Subventionen zur Folge haben, welche ohne Beachtung des Gesetzmäßigkeitsprinzips beschlossen werden³⁾.

Die Neuregelung des Art. 109 GG bietet demnach Anlaß zu einem tatsächlichen, möglicherweise restriktiven, jedenfalls aber gut ausgeprägten Recht der Subventionen. Offensichtlich wurde hier, daß der Gesetz-, bzw. der Verfassungsgeber nicht vor Änderungen und Neugestaltungen des Grundgesetzes zurückschreckt, wenn es Zeit und Notwendigkeit erfordern. Die Ausdehnung der Wirtschafts-

1) Benda, Wirtschaftspolitik, S. 851.

2) Vgl. hierzu und im folgenden Zuck, Marktwirtschaft. Die in verstärktem Maße der Regierung vorgeworfene Handlungsunfähigkeit aus sozial- und wirtschaftspolitischen Gründen kann diese Tatsache nicht leugnen!

3) Folgende Feststellungen seien in Erinnerung gerufen: Stark subventionsorientierte Strukturen sind in Krisenzeiten kaum lebensfähig. Zudem beweist das spürbare Nachlassen der Subventionsforderungen während Wirtschaftskrisen die berechnende Mentalität eines Großteils der Subventionsempfänger, die eben der Bequemlichkeit halber staatliche Leistungen fordern und nur dann darauf verzichten, wenn sie sich wegen der angespannten Lage einer intensiven Prüfung aussetzen müßten.

verfassung auf ein Subventionsrecht war bereits in der Vergangenheit wünschenswert¹⁾, die Aufnahme eines ausschließlich den Wirtschaftssubventionen gewidmeten Artikels in das Grundgesetz ist aus den dargelegten Gründen mehr denn je von öffentlichem Interesse²⁾. Die interventionistische Tätigkeit des Staates könnte gefördert, die gesetzgeberische Arbeit intensiviert werden, die Verwaltung gemäß der Dreiteilung der Gewalten als ausführendes Organ wirken. Ein Recht der Wirtschaftssubventionen würde zur Entstehung gelangen, dem - ohne die zahlreichen Streitigkeiten, denen es zur Zeit noch ausgesetzt ist - die vollkommene Aufmerksamkeit von Lehre und Praxis in dem Bestreben zugewendet werden könnte, neue Wege zu finden und diese zum Wohl der Allgemeinheit gangbar zu machen.

II. Die Wirtschaftssubventionen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips

Der Rechtsstaatsbegriff ist in den vorangegangenen Ausführungen³⁾ bereits behandelt worden. Sein Inhalt sind die Freiheitsrechte des Bürgers, der sich in der modernen rechtsstaatlichen Demokratie des 20. Jahrhunderts eigenverantwortlich und gemeinschaftsbezogen versteht, sowie deren Achtung und Erhaltung durch den Staat einerseits, die Begrenzung staatlicher Macht durch rechtliche Bindungen sowohl im Rahmen des staatlichen Eingriffs als auch staatlicher Leistung andererseits⁴⁾. Die zuvor dargelegte Verfassungslage und die Tatsache des Fehlens geeigneter Ermächtigungsnormen für Subventionen zwingen zur strikten Beachtung der dem Rechtsstaat

1) Ipsen, Subventionen, S. 270; Stern, Rechtsfragen, S. 523; Schindler, Bundessubventionen, S. 153.

2) a.M. Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 251 ff., der Subventionen in der Verfassung nicht manifestiert wissen möchte, weil er darin eine weitere Stärkung der ohnehin mächtigen Gruppen erblickt. Dem ist entgegenzuhalten, daß die teilweise mit Recht angegriffene Verbands- und Gruppenpolitik der Wirtschaftslobby in einem Staate, der Milliardenbeträge für Wirtschaftssubventionen bereitstellt, nicht auf eine verfassungsmäßige oder gesetzliche Verankerung ihrer Wünsche angewiesen ist. Im Gegenteil kann eine derartige Festsetzung eher einer Einschränkung der Förderungsmaßnahmen dienlich sein, wenn auch hierdurch Subventionen grundgesetzlich sanktioniert werden. Außerdem wahrt eine derartige Regelung die verfassungsrechtliche Legitimation und Garantie des Instituts.

3) s.o. I 1 a.

4) s.o. I 1 a und die dortigen Literaturhinweise.

verbundenen Grundsätze¹⁾. Die im Grundgesetz erkennbaren Prinzipien und Freiheitsrechte bedürfen bezüglich der Wirtschaftssubventionen der Untersuchung, um dieses maßgebliche Institut in seinem vollen Umfange zu erfassen, die Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit festzulegen und seinen Standort im Rechtsstaat zu bestimmen.

1. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip und die Vergabe von Wirtschaftssubventionen

Wirtschaftssubventionen sind ihrem Wesen nach Teil der Leistungsverwaltung²⁾. Hieraus erwächst die Problematik, ob sie dem aus dem Rechtsstaatsprinzip entspringenden Gesetzesvorbehalt³⁾ unterstellt sind, wie es eine z.Zt. vordringende Auffassung verstanden wissen will⁴⁾, oder ob der historisch bedingte Unterschied zwischen der dem Vorbehaltsbereich untergliederten Eingriffsverwaltung und der "gesetzfreien" Leistungsverwaltung aufrechterhalten bleiben kann, wie dies im allgemeinen von der Rechtsprechung, aber auch von einem Großteil des Schrifttums⁵⁾ vertreten wird.

1) Forsthoff, Rechtsfragen, S. 47; Scheuner, Intervention, S. 40-59; Mallmann, VVDStRL 19, 165 ff, insbes. Leitsätze 8 a und 9; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 38.

2) s.o. 2. Kap. I 1.

3) Hierzu grundlegend Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 1924, S. 68. Siehe auch Forsthoff, Rechtsstaat, S. 19, sowie die Stellungnahme von Schneider, Gewaltenteilung, S. 191 ff; Jesch, Gesetz, S. 29 f, S. 190; Mayer, Verfassungsrechtliches Gebot, S. 193; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 61; Völker, Leistungsverwaltung, S. 18 und 81. Völlig abweichend mit der Forderung, den Gesetzesvorbehalt ganz fallen zu lassen, Vogel, Gesetzgeber, S. 151 ff.

4) Krüger, VVDStRL 11, 137 ff, und Auflage, S. 451 f; Maunz-Dürig, GG I, Art. 20, Rdnr. 135; Imboden, Gesetz, S. 42; Zeidler, Bemerkungen, S. 335; Rupp, Verwaltungsrechtslehre, S. 113-146; Jesch, Gesetz, S. 94 ff, 155 f, 175 ff; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 239; Mallmann, VVDStRL 19, 165 ff, 182-186; Stern, Rechtsfragen, S. 524; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 64 ff; Flehinghaus, a.a.O., S. 80 f; Bellstedt, Subventionen, S. 164; Friauf, Subventionswesen, S. 735-737; Menger, Verwaltungshandeln, S. 301 f, u.a.

5) z.B. BVerfGE 6, 282 ff; 8, 17, 210 ff; 156; 18, 352 f; BVerwGE 6, 287; 10, 112; 11, 56; 17, 111; 18, 352; BVerwG NJW 58, 1153; 59, 1098; BVerwG DVBl. 63, 859 f; 64, 824; BVerwG MDR 65, 326 f; VGH Kassel DVBl. 63, 443 ff. Bachof, Rechtsstaat, S. 56 ff, 63, und VVDStRL 19, 269 f; Scheuner, Intervention, S. 17 f; Ipsen, Subventionen, S. 269 f, 281; Wolff, Verw.Recht I, S. 156, und Verw.Recht III, S. 138 ff; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 16; Bullinger, Vertrag und VA, S. 93 ff; Peters, Verwaltung, S. 206 ff; Völker, Leistungsverwaltung, S. 109 f; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 230 f; Zuleeg, Rechtsform, S. 24, u.a.

Die Frage soll hinsichtlich dieser Ausführungen auf das Subventionsthema beschränkt bleiben, zumal gerade Wirtschaftssubventionen Gesetzlichkeiten und Wirkungsmechanismen unterliegen¹⁾, die - wie im folgenden herausgestellt werden soll - einen umfassenden Gesetzesvorbehalt eher rechtfertigen als der Gesamtbereich der Leistungsverwaltung. Ein Blick auf die Praxis zeigt zunächst folgendes: Die Subventionsverwaltung bedient sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit überwiegend des gesetzesfreien Vollzugs, welcher der leistenden Verwaltung weitgehende Handlungsfreiheit einräumt, da die überlieferte "Freiheit- und Eigentum"-Formel nur belastende Eingriffe dem Vorbehaltsbereich unterwirft. Das Handeln der leistungsgewährenden Verwaltung muß also auf ein Verordnungsrecht der Exekutive gestützt werden, welches durch die persönlichen Freiheitsrechte und die bekannten Grundrechtsverbürgungen geformt und begrenzt wird. Die so geübte Handlungsweise erfährt regelmäßig die Billigung der Verwaltungsgerichte²⁾.

In zunehmendem Maße wird diese Handhabung kritisiert. Die Argumente reichen von der Untrennbarkeit von Begünstigung und Belastung, welche mit Subventionen verbunden seien³⁾, über deren wirtschaftslenkende und wettbewerbsgestaltende Funktionen⁴⁾ bis zu der Verfassungsstruktur der parlamentarischen Demokratie⁵⁾ sowie rechtsstaatlichen Erfordernissen⁶⁾, die es unter allen Umständen auch für die Leistungsverwaltung zu beachten gelte. Die breite Palette der Meinungen, welche die gewährende Staatstätigkeit ebenfalls dem Vorbehalt des Gesetzes zuordnen will, orientiert sich letzten Endes an der Tatsache, daß der fördernde Sozialstaat eine Vielzahl der ursprünglich der Eingriffsverwaltung vorbehaltenen Aufgaben übernommen hat⁷⁾.

1) s.o. 2. Kap. I 2.

2) z.B. BVerwGE 6, 282 ff, 287 f; 10, 112; 18, 352 f; BVerwG NJW 59, 1098 f; 61, 137 f; BVerwG DVBl. 63, 859 f.

3) Imboden, Gesetz, S. 42; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 64 ff; Bellstedt, a.a.O., S. 164 u. 166; Flehinghaus, a.a.O., S. 80 f; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 22.

4) insbes. Friauf, a.a.O., S. 736 f; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 289 ff; Badura, Daseinsvorsorge, S. 630; Köttgen, a.a.O., S. 66 ff; Stern, a.a.O., S. 524.

5) Jesch, a.a.O., S. 204 f; Zeidler, a.a.O., S. 335; Mallmann, a.a.O., S. 185 f.

6) Rupp, a.a.O., S. 115 ff; Stern, a.a.O., S. 525; Mayer, verfassungsrechtliches Gebot, S. 192 ff.

7) Siehe 2. Kap. I 2 und oben I 1 a.

Damit wird für die angeführte Thematik speziell offensichtlich, was für die Wechselbeziehung des "sozialen Rechtsstaats" bereits generell ausgesagt wurde¹⁾: Der geschichtliche Wandel hat auch einen solchen des Rechts bewirkt und staatsrechtliche Vorstellungen, wie sie noch in der vorausgegangenen Epoche undenkbar waren, haben in dem modernen demokratischen sozialen Rechtsstaat Gestalt angenommen und von dessen Ideengehalt Besitz ergriffen. Nur ist die Synthese des "sozialen Rechtsstaats" in der Verfassung rezipiert worden (20 I, 28 I GG), was hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts für die Leistungsverwaltung in dieser klaren Aussage nicht behauptet werden kann. Mögen der "parlamentarische Demokratiebegriff"²⁾ und die mit ihm einhergehende Verfassungsstruktur durchaus nicht des rechtlichen Fundaments entbehren, so findet er doch vom dogmatischen Gesichtspunkt in dem Bonner Grundgesetz keine direkt beweiskräftige Stütze³⁾. Insofern kann der Strukturwandel, den der Staatsgedanke in der Formel des sozialen Rechtsstaats erfahren hat, nicht auf den Begriff der parlamentarischen Demokratie zu dem Zweck übertragen werden, die mangelnde Kodifizierung des Totalvorbehalts zu ersetzen und das ursprünglich dualistische Wesen der Verwaltungsformen auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen.

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip, dem die leistende Verwaltung bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen unterliegen soll, bedarf mithin einer anderen Basis als derjenigen, wie sie aus der Sicht einer grundsätzlich richtig verstandenen parlamentarischen Demokratie erscheint. Die Rechtfertigung des Gesetzesvorbehalts für die Leistungsverwaltung kann demnach nicht einfach anhand der in der Tat veränderten Wesensmerkmale eines modernen und insoweit zutreffenden Staatsverhältnisses erfolgen, sondern muß die nunmehr gewachsenen Formen einer überaus aktiven Lenkungsverwaltung berücksichtigen. Diese Formen beinhalten nämlich Funktionen⁴⁾, an denen sie - weil von entscheidender Bedeutung - gemessen werden müssen. Hier eröffnet sich der Zugang zu einem realistischen Verständnis der Wirkungsweise heutiger Leistungsverwaltung, die

1) 2. Kap. I 1 a.

2) Jesch, a.a.O., S. 204 f; Mallmann, a.a.O., S. 185 f.

3) Rupp, a.a.O., S. 131 ff, mit ausführlicher und zutreffender Argumentation.

4) Friauf, a.a.O., S. 736.

neben die traditionellen Rechtsformen der Eingriffsverwaltung getreten ist, um nicht weniger effektiv zu agieren, als dies nach herkömmlichen Methoden der Fall war.

a) Kriterien für die Rechtfertigung des Gesetzesvorbehalts

aa) Die Wirtschaftslenkung mit ihren eingriffsmäßigen Folgen

Von einer "Macht der subventionierenden Verwaltung, die nicht weniger real ist, als die der klassischen Eingriffsverwaltung"¹⁾ kann mit Recht dann die Rede sein, wenn seitens des Staates aktive Gestaltung der Wirtschaftspolitik vorliegt, die durch Einflußnahme auf die Privatwirtschaft überhaupt erst ermöglicht wird. Erfolgt die Durchführung dieser bewußten Wirtschaftslenkung gar mittels Formen, die rechtsstaatlichen Anforderungen an die heutige Verwaltung unter aktuellen Aspekten kaum gerecht zu werden vermögen²⁾, so erhält das lediglich die kritisierte "Diskrepanz zwischen Verwaltungswirklichkeit und Verwaltungsrecht"³⁾. Die Kombination beider Merkmale widerspricht dem Rechtsstaatsgedanken deshalb, weil moderne Gestaltungsmethoden gewährender Verwaltung nicht über Rechtsgrundsätze erfaßt werden können, die auf deren intervenierende Eigenschaften nicht ausgerichtet sind.

Die Wirtschaftssubventionen vereinen staatliche Leistung und Lenkung. Die Leistung kommt dem Subventionsempfänger zugute und veranlaßt ihn, sein wirtschaftliches Handeln auf die staatlicherseits erfolgte Zwecksetzung abzustimmen⁴⁾. Subventionen sind damit wirkungsvolle Werkzeuge⁵⁾ des Hoheitsträgers mit dem psychologischen Anreiz, den Bürger durch die attraktive Förderungsmaßnahme seinen Wünschen unterzuordnen, aktive Zusammenarbeit zu

1) Friauf, Subventionswesen, S. 737; Mallmann, VVDStRL 19, 165 ff., 190 f.

2) Forsthoff, Rechtsfragen, S. 52; Köttgen, Subventionen, S. 485 f.; Scheuner, Intervention, Leitsatz 21.

3) Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 132. Zu dem Spannungsverhältnis zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit vgl. die Ausführungen von Schneider, Gewaltenteilung, S. 199 ff.

4) Diese Zusammenhänge wurden bereits von Ipsen, Subventionierung, S. 5 f., und Subventionen, S. 260 ff.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 258; Scheuner, Intervention, S. 40; Hamann, Rechtsstaat, S. 13 f.; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 18; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 16; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 3 u.a.; Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 220; Gundlach, Subventionen, S. 37, aufgezeigt.

5) Friauf, a.a.O., S. 737.

erzielen und dennoch einseitiges Wohlverhalten zu schaffen. Hierbei werden jedoch Rechte des Einzelnen verschiedener Art tangiert¹⁾, was ohne gesetzliche Grundlage (Gesetzesvorbehalt) sehr bedenklich ist. Die Wirtschaftssubventionierung läßt wegen der mit ihr verbundenen Lenkungseigenschaften auf Interessenkollision zwischen Staat und Bürger besonders dann schließen, wenn die vom Grundgesetz verbürgten freiheitsrechtlichen Gewährleistungen berührt werden. So beinhaltet das in Art. 2 Abs. 1 GG festgelegte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch die Wettbewerbsfreiheit²⁾. Damit ist es dem Hoheitsträger auch bei der Durchführung von Förderungen untersagt, auf den Einzelnen unmittelbaren Zwang auszuüben und neben der mit einer jeden Wirtschaftssubvention ohnehin verbundenen "Maßnahme" weiteren Einfluß auf die private Sphäre der Wettbewerbsfreiheit zu nehmen. Das Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zwingt den Staat, vormundschaftlichen Druck zu unterlassen, wertet die notwendige und im übrigen von der Subventionsverwaltung erwartete Unternehmerinitiative auf und schützt nicht begünstigte Kreise etwa vor Beschränkungen ihrer Wettbewerbsfreiheit³⁾, die durch übermäßige und ungerechtfertigte Subventionierungen konkurrierender Unternehmen und Gruppen eintreten könnten.

Die Gefährdung rechtsstaatlicher Prinzipien wird durch das stetige Anwachsen der staatlichen Subventionen aktualisiert. Der Bürger begibt sich zwangsläufig in die Gefahr der Abhängigkeit von staatlichen Leistungen, zumal die Wirtschaftslenkungsmaßnahmen im Laufe der Jahre nahezu allumfassende Formen angenommen haben. Aber nicht nur Konfliktsituationen mit dem Freiheitsrecht, sondern auch dem Gleichheitsgrundsatz entstehen durch diese sich verstärkende Tendenz.

-
- 1) So z.B. zweckorientierte Subventionsvoraussetzungen, Kontrollen nach der Vergabe oder die Nichtberücksichtigung i.V.m. der Bevorzugung anderer Bewerber. Ähnlich verhalten sich die mit indirekten Lenkungsmitteln verbundenen Gefahren. Sie lassen sich ohne weiteres auch auf den Bereich der Subventionen übertragen. Vgl. Friauf, Steuergesetze, insbes. S. 35-37.
 - 2) Maunz-Dürig, GG I, Art. 2 I, IV, Anm. 43 ff; Wolff, Verw. Recht III, S. 221; Friauf, a.a.O., S. 736; a.M. Schüle, VVDStRL 11, 75 ff, 85; Peters, in: Festschrift für Laun, 1953, S. 669 ff; v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 2, III 6 c.
 - 3) Krüger, VVDStRL 11, 137 ff, 138; Scheuner, a.a.O., S. 17, 58 f; Eppe, Subventionen, S. 68.

Die Wirtschaft ist durch ihre Komplexität und die Unterschiedlichkeit der einzelnen Unternehmen - deren Rechtsformen, Aufbau und Produktion - in gewichtigem Maße gekennzeichnet und insofern einer gerechten Bewertung über den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nur unter erschwerten Umständen zugänglich. Im Bereich der Wirtschaftslenkung wird der Gleichheitsgrundsatz jedoch nicht nur folgerichtig herangezogen, um mit seiner Hilfe Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten zu vermeiden¹⁾ und ein rechtmäßiges Handeln der Leistungsverwaltung zu garantieren, sondern angesichts des herkömmlichen Dualismus der Verwaltungsformen außerdem, um interne Verwaltungsvorschriften, denen grundsätzlich jegliche Außenwirkung ermangelt, zu geltendem Verordnungsrecht für und gegen den Bürger aufzuwerten, was mit Hilfe der Rechtsprechung regelmäßig in die Tat umgesetzt wird²⁾. Gleichwohl darf der Gleichheitssatz aber nicht als Ermächtigungsgrundlage für ein Verordnungsrecht der Exekutive verstanden werden. Hierfür ergeben sich keine irgendwie gearteten Anhaltspunkte in dem organisatorischen Abschnitt des Grundgesetzes.

Die Begünstigung des Subventionsempfängers, dessen Belastung, indem er sich den Regeln der Subventionsmaßnahmen unterwerfen muß, um ihrer teilhaftig zu werden, und schließlich die Belastung der nichtsubventionierten Mitbewerber³⁾ prägen den Wesensgehalt der Wirtschaftslenkung in entscheidendem Maße. Neben den Anspruch auf Gleichbehandlung und Teilhabe tritt das Abwehrrecht gegen den indirekten Eingriff in die Berufsfreiheit dann, wenn deren Aufrechterhaltung auch nur gefährdet wird. Steht einer Wirtschaftsgruppe oder einem Teil ihrer Mitglieder nach Prüfung des Gleichheitssatzes kein Recht auf staatliche Förderung zu, so muß diesen nicht förderungsbedürftigen Unternehmen wenigstens der Schutz nach Art. 12 GG gewährleistet werden, denn Berufsausübung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG umfaßt auch die Tätigkeit im Wirtschafts-

1) Scheuner, a.a.O., S. 56.

2) BVerfGE 8, 155 f; 17, 210 ff, 216; BVerfG NJW 61, 1109; BVerwG NJW 61, 137 f; BVerwG DVBl. 63, 104; 63, 182; BVerwG MDR 65, 326 f; BVerwG NJW 66, 1236 f; OVG Münster, OVG 14, 26; VGH Kassel, DVBl. 63, 443 ff, u.a. Vgl. hierzu auch Götz, a.a.O., S. 286-288.

3) Friauf, a.a.O., S. 734; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 81; Götz, a.a.O., S. 5.

leben¹⁾. Die Möglichkeit der Existenzgefährdung durch wirtschaftslenkende Subventionen muß zumindest in Erwägung gezogen werden.

Schließlich gibt der "eingreifende Charakter"²⁾ der Subventionierungen zu Überlegungen Anlaß, inwieweit Art. 14 GG eventuell durch subventionäre Maßnahmen tangiert wird. Die Prüfung umfaßt die Enteignung, den enteignungsgleichen Eingriff und den Aufopferungsgedanken³⁾. In Betracht kommen sowohl das subventionierte Unternehmen bei einem unvorhergesehenen teilweisen oder vollkommenen Ausbleiben der Förderung und vorangegangener eigenverantwortlicher und -finanzierter Leistung als auch die Konkurrentensphäre, wenn die Intervention deren Wettbewerbslage beeinträchtigt.

Vergegenwärtigt man sich den Einfluß der Subventionen auf den wirtschaftlichen und sozialen Bereich im allgemeinen und die Abhängigkeit begünstigter Privater von staatlicher Förderung sowie die Stellung der Mitbewerber im besonderen, dann fällt es schwer, Leistungsverwaltung durch Wirtschaftssubventionen ohne ein vorgeschaltetes Gesetzgebungsverfahren für zulässig zu erachten. Der Staat darf nicht auf diese Weise die Sicherung rechtsstaatlicher Prinzipien im Wege gesetzlicher Normierung⁴⁾ unterlassen und eine so essentielle Aufgabe einer lediglich verwaltungsmäßigen Einzelfallregelung überantworten.

Eine Begründung hierfür ergibt sich aber auch aus der herkömmlichen dualistischen Betrachtungsweise in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip: Wirtschaftslenkung ist sozialstaatlich gerechtfertigte Intervention. Wirtschaftslenkung enthält zwar das Prädikat, dem Bereich gewählender Staatstätigkeit anzugehören, stellt aber Leistungsverwaltung modernster Konzeption dar, die nicht reine Leistung im Rahmen der Daseinsvorsorge beinhaltet, sondern konkrete Ziele verfolgt und sich dabei gleichzeitig der Leistungen Dritter bedient, indem sie hierzu Anreize schafft. Somit handelt es sich nicht ausschließlich um staatliche Leistung, sondern vielmehr um Leistung und Gegenleistung, vergleichbar

1) Hamann, Rechtsstaat, S. 29.

2) Friauf, a.a.O., S. 732 f.

3) Friauf, a.a.O., S. 738. Siehe auch Krüger, Auflage, S. 452; Götz, a.a.O., S. 279 f.

4) v. Mangoldt-Klein, GG II, Art. 74 Nr. 11, XIX 2 c.

mit dem Steuerrecht und den daraus resultierenden allgemeinen Verpflichtungen des Staates, die vom Staatsvolk auf Grund der hoheitlichen Steuererhebung nicht nur erwartet, sondern gefordert werden dürfen. Die Beziehung von Steuererhebung und staatlicher Leistung beruht auf einem gesetzlich geregelten Nehmen und Geben. Der Grundsatz des "do ut des" enthält keine Einseitigkeit. Unterliegen auch die Subventionsverhältnisse dieser Regel, so ermangelt es einer Berechtigung der Hoheitsträger, im gesetzess-freien Raum zu agieren. Die Voraussetzung der reinen Leistung ist entzogen, die Überkommenen Anschauungen können mithin nicht mehr überzeugen. Das dualistische Argument zieht wegen des eingreifenden Charakters der Leistungsverwaltung durch Subventionen nicht, sondern verlangt - je eindringlicher es vertreten wird - im Umkehrschluß geradezu das Gesetz als Vorbedingung der hoheitlichen wirtschafts-subventionierenden Tätigkeit. Wird für den obrigkeitlichen Eingriff die gesetzliche Grundlage als unabdingbar anerkannt, so muß dies auch für den Bereich von Gültigkeit sein, in dem ebenfalls Hoheitsträger sogenannte "Leistungen" belastender Wirkung erbringen.

Der soziale Rechtsstaat ohne gesetzliche Grundlage für den Überwiegenden Teil heutiger gewährender Verwaltung ist kein vollkommener Rechtsstaat¹⁾. Die Sozialstaatlichkeit nämlich umfaßt die Intervention und damit in gewissem Sinne den Zwang. Das Vorhandensein von Zwang aber fordert das Tätigwerden des Gesetzgebers.

Die dargelegte Konstellation erlaubt konkludent ebensowenig die häufig und mit spürbarem Stolz propagierte freie Verwaltung. Einerseits ist dies aus den zuvor angeführten Gründen unmöglich, andererseits deswegen, weil Ermessen einer gesetzessfrei handelnden, ungebundenen Verwaltung allzu leicht in Willkür ausartet²⁾. Der Rechtsstaat gewährleistet vorrangig die ordnungsgemäße langfristige Regelung aller Rechts- und Lebensverhältnisse, verbürgt Freiheit und Rechtsgleichheit, staatliche wie individuelle Entfaltung sowie ein Maximum an Rechtssicherheit und Rechtsschutz.

1) In diesem Sinne auch Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 251 f, der allerdings das Gesetz unterschiedslos für die gesamte Leistungsverwaltung fordert.

2) Vgl. z.B. Rupp, Verwaltungsrechtslehre, S. 119 u. 122-124.

Das förmliche Gesetz ist Maßstab für die Lebensfähigkeit und das Selbstverständnis des sozialen Rechtsstaates¹⁾. Ein Verwaltungshandeln ohne Gesetz hingegen vermag keine "Dauer im Wechsel"²⁾ zu erzeugen: Dem stehen nicht nur der hierarchische Aufbau wie auch die unterschiedlichen Kompetenzen der zahlreichen mit starkem Selbstbewußtsein ausgestatteten Landesbehörden³⁾ entgegen, sondern auch das föderalistische Prinzip, das durchaus innerhalb der einzelnen Bundesländer verschiedenartige Ansichten erlaubt und zur Folge hat.

Schließlich würde ein selbständiges Verordnungsrecht der Verwaltung der Verfassung widersprechen, da ein Zusammenhang mit dem der Exekutive zugebilligten Recht, Ermessen innerhalb des gesetzlich umschriebenen Raumes auszuüben, und einer solchen Handlungsfreiheit unter rechtsstaatlichen Aspekten schlechthin nicht hergestellt werden kann⁴⁾. Die Unvereinbarkeit derartiger Machtfülle auf Verwaltungsseite widerspricht also der Aussage des Grundgesetzes, geht zudem nicht mit den bürgerlichen Gesamtinteressen⁵⁾ konform und birgt darüber hinaus die Gefahr einer rechtsstaatlich nicht vertretbaren Gewichtsverlagerung in sich, denn "Machtkonzentration führt erfahrungsgemäß zum Mißbrauch der Macht"⁶⁾. Unter Berücksichtigung aller in diesem Kapitel zusammengetragenen und vereinten Argumente hat deshalb im freiheitlich demokratischen Rechtsstaat das Primat der Gesetzgeber⁷⁾.

bb) Die Wirtschaftsgruppen

Den Vertretern, die der Subventionsverwaltung größere Freiheiten zubilligen⁸⁾, muß außerdem die Tätigkeit der Wirtschaftsgruppen

1) Friauf, Subventionswesen, S. 736 f; Giacometti, a.a.O., S. 250-252.

2) Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 100.

3) Hierzu steht das in der Tat zutreffende und pointierte Argument von Rupp, a.a.O., S. 127, daß der heutige Beamte nicht Recht schöpfen wolle, sondern im Gegenteil nach deckungsgewährenden Rechtsbestimmungen suche, weil er sich nicht aufgefordert, kompetent und verantwortungsbereit fühle, nicht notwendig im Widerspruch.

4) Ausführlich Rupp, a.a.O., S. 122 f.

5) Vgl. Rupp, a.a.O. S. 139-142.

6) Giacometti, a.a.O., S. 10.

7) F.v.a.: Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem, S. 72 ff; Giacometti, a.a.O., S. 250-252; Rupp, a.a.O., S. 116 f, 143.

8) Kötting, Fondsverwaltung, S. 74; Wolff, Verw.Recht III, S. 221; mit weiteren Begründungen Bullinger, Vertrag und VA, S. 98; Mertens, Selbstbindung, S. 17; Peters, Verwaltung, S. 215-217; mit der "Elastizität der Verwaltung" wird der Gesetzesvorbehalt abgelehnt von Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 199; ebenso Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 108; Ipsen, Subventionierung, S. 12, u.a.

entgegengehalten werden. Subventionen sind größtenteils das Werk der Lobby, die sich aus den Wirtschaftsgruppen und verschiedenen Verbänden zusammensetzt¹⁾, kurz, der ständig und stetig fordernden Interessentenkreise²⁾. Der Einzelne ist in derart gelagerten Fällen gezwungen, seinen Anteil an der Gesamtmaßnahme sicherzustellen, weil er sonst aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit ins Hintertreffen geriete.

Von einer gesetzlichen Festlegung der Subventionen wird aus Gründen der finanzpolitischen Bedenklichkeit von Wirtschaftssubventionen gewarnt, weil dann ein Rechtsanspruch auf deren Vergabe bestehe³⁾. Aber diese Überlegungen dürfen kein Hindernis für die gesetzliche Verankerung der Wirtschaftssubventionen darstellen: Die Beeinflussung des Gesetzgebers durch Interessentengruppen ist besser zu kontrollieren, als dies bei der Verwaltung der Fall wäre, die sich in zahlreiche Zweige aufteilt⁴⁾. Sind einmal klare und befristete Regelungen vorhanden, die den fordernden Verbänden⁵⁾ beweisen, daß der Staat zu Gefälligkeiten nicht geneigt ist, die dem Sozialstaatsgedanken widersprechen, wird deren Drängen schnell auf ein erträgliches Maß zurückgehen. Der mögliche Empfänger könnte sich seine Chancen bei der Subventionierung ausrechnen, übertriebene Hoffnungen würden entfallen. Die Interessenverbände müßten sich mit einer Prüfung der Rechtslage für ihre Mitglieder begnügen.

Der Lobbyismus wird bei Subventionsregelungen durch die Verwaltung in höherem Maße in Erscheinung treten. Im Gegenteil werden dann die Interessenverbände verstärkt intervenieren: Der Unterschied wird in der breiten Streuung ihres Einsatzes liegen. In

1) v. Münch, Gleichheitssatz, S. 274, spricht von "pressure groups"; vgl. ausführlich Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 23-25.

2) Götz, a.a.O., S. 25 ff, 294; vgl. auch Völker, Leistungsverwaltung, S. 109; Eppe, Subventionen, S. 18 ff; vgl. außerdem den Vortrag von Theodor Eschenburg, Staatsautorität und Gruppenegoismus, in: Schriftenreihe der Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf, 1955, Heft 9.

3) Götz, a.a.O., S. 33 f.

4) Die von Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 127, zitierte "freundschaftliche Gesinnung des Vergabebeamten", die den letzten Ausschlag geben kann, soll eben gerade unterbunden werden; vgl. auch Stern, Rechtsfragen, S. 519.

5) Vgl. die zum Teil polemischen Ausführungen von Götz, a.a.O., S. 23 ff, 251-259.

der Lobby des Bundestages befinden sich die Verbände unter guter Kontrolle, falls diese ausgeübt wird. Bei der Masse der Verwaltungsbehörden dürfte eine Überwachung und der Schutz vor rechtswidriger Subventionsvergabe ungleich schwerer fallen¹⁾.

Die Wirtschaftsgruppen sind, wie es die Praxis gezeigt hat, auf gesetzliche Subventionen nicht angewiesen. Sie erheben selbst da ihre Forderungen, wo der Einzelne in der Lage wäre, sich selbst zu helfen²⁾. Dieser Gefahr des "falsch verstandenen Sozialstaats", der die Tendenz innehat, zum "Wohlfahrtsstaat" zu werden³⁾, kann das Gesetz vorbeugen.

cc) Das Argument des Art. 113 GG

Völker ist der Ansicht⁴⁾, daß, um den Gesetzgeber nicht nur vor den Interessengemeinschaften, sondern auch vor sich selbst, seiner "Unbekümmertheit, Leistungen zu gewähren", und seiner "Spenderfreudigkeit" zu schützen, der Art. 113 GG als "Riegel" diene; durch diese Vorschrift sei der Exekutive ein Mittel in die Hand gegeben, um Ausgabenerhöhungen des Haushaltsplanes durch Bundestags- und Bundesratsbeschlüsse zu überprüfen und sie von der Zustimmung der Regierung (Exekutive) abhängig zu machen. Aus dieser Argumentation geht aber umgekehrt ebenso hervor, daß die Verwaltung nicht gesetzesfrei handeln darf, daß zunächst die Entscheidung in den Händen des Gesetzgebers liegt, daß es seine Aufgabe ist, Subventionen festzusetzen. Daran ändert auch nichts das Kontrollrecht der Regierung. Dieses mag als Zugeständnis an die Regierung angesehen werden, die Notwendigkeit der verschiedenen Ausgaben zu überprüfen, um später ihre Finanz- und Wirtschaftspolitik rechtfertigen und Ausgaben beschränken zu können, die sie eben nicht verantworten will. Die Gründe hierfür können vielfältiger Natur sein.

dd) Das Verbot staatlicher Geschenke

Eppe⁵⁾ erinnert "angesichts der Hochblüte des Subventionswesens" daran, "dem subventionierenden Staat ... die rechtsstaatlichen Schranken vor Augen zu führen", um "so wirksam der Vorstellung

1) Vgl. auch Menger, Verwaltungshandeln, S. 299 ff; Völker, Leistungsverwaltung, S. 136.

2) Kohlmann, Ermessensgebrauch, S. 27.

3) Derselbe, a.a.O., ähnlich Menger, Verwaltungshandeln, S. 303.

4) Völker, Leistungsverwaltung, S. 109 f.

5) Eppe, a.a.O., S. 145-147.

zu begegnen, als bewegte sich die Subventionsverwaltung in einem rechtsleeren Raum". Als Kriterium solle ein Schenkungsverbot für staatliche Ausgaben dienen. Mit dieser Begründung versucht Eppe lediglich, zu umschreiben, was schon lange von Gültigkeit ist: Dem Staat sind Geschenke verboten. Er darf und muß seine Aufgaben, worunter auch die der leistenden Verwaltung fallen, an den Zwecken und Zielen des gemeinen Wohls orientieren. Der Vorwurf unberechtigter Geschenke entfielen aber bei Vorliegen einer gesetzlichen Normierung der Subventionstatbestände.

Jede zu Unrecht geleistete Zahlung staatlicher Gelder ist rechtswidrig. Das Schenkungsverbot für staatliche Ausgaben kann im Grunde genommen hier nichts anderes aussagen. Von staatlichen Schenkungen kann dann nicht die Rede sein, wenn die vom Staat vergebenen vermögenswerten Leistungen "mit einer Gegenleistungspflicht des Empfängers verknüpft sind oder (erst recht: und) einen entsprechenden Gewinn für das Gemeinwohl bewirken¹⁾". Das aber sind genau die Kriterien, die bei der Vergabe von Subventionen berücksichtigt werden müssen²⁾ und in eine gesetzliche Regelung Eingang finden müßten.

b) Das förmliche Gesetz

Die Realisierung der Forderung, den Bereich der Wirtschaftssubventionen dem Gesetzesvorbehalt zu unterstellen, bietet das förmliche Gesetz. Wenn auch auf diese Weise das objektive, gesetzte Recht subjektive Rechte Privater vermittelt, besteht dennoch kein Anlaß zu der Besorgnis, daß damit kontinuierliche Forderungen und Ansprüche der bekannten Wirtschaftsgruppen und Verbände endgültig manifestiert würden³⁾. Objektivrechtliche Begünstigungen müssen eben als Berechtigungen im Rahmen der Verfassung oder des einfachen Gesetzes verstanden werden; berechnete Rechtsansprüche beliebig und nur fallweise zu befriedigen, widerspricht dem Rechtsstaatsgedanken ebenso, wie dem Individuum die Geltendmachung der garantierten Freiheitsrechte vorzuenthalten. Die Grundlagen eines Gesetzes müssen von den Ausschüssen und im Gesetzgebungsverfahren beraten werden. Nachträgliche Einschränkungen können lediglich in dem gesetzlich bestimmten Ermessensrahmen,

1) Eppe, a.a.O., S. 111.

2) s.o. 2. Kap. I 2.

3) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 33-41, 251 f, 294; Hansmeyer, Subventionen, S. 28.

ohne daß dadurch etwa die objektivrechtliche Gebundenheit in Frage gestellt würde, erfolgen.

Die in den vorangegangenen Abschnitten vorgetragenen Überlegungen bestätigen die vorteilhafte gesetzliche Ausgestaltung der seit langem anstehenden und nur teilweise gelösten Problemkreise. Der Einwand des "noch im Fluß befindlichen Subventionsrechts"¹⁾ vermag bei praxisbezogener Denkweise längst nicht mehr zu überzeugen. Zahlreiche Beispiele zeigen, daß auch ein förmliches Gesetz häufig wegen seiner situationskonformen Zwecksetzung als Maßnahmegesetz anzusprechen ist. Gerade sein "Ausnahmecharakter"²⁾ wird ganz besonders Subventions-Tatbeständen gerecht, denn Wirtschaftssubventionen sind vielfach wegen der im Wirtschaftsablauf inbegriffenen Schwankungen kurzfristige Maßnahmen³⁾, die "situationsbedingt" und "zeitverhaftet" vor allem der Durchsetzung politischer und wirtschaftlicher Zwecke dienen⁴⁾. Dabei hat diese Art von Gesetzen den Vorteil des rechtmäßigen, überprüften Zustandekommens. Das Grundgesetz hat für wirtschaftliche Ausnahmefälle keine Sondertatbestände vorgesehen. Deshalb ist auch für derlei Regelungen nur der Gesetzgeber kompetent.

Jedoch sprechen auch weitere, rechtsstaatlich fundierte Erkenntnisse und Fakten für die gesetzliche Lösung.

aa) Das Gewaltenteilungsprinzip

Zum Zwecke der Funktionalität ist der rechtsstaatlichen Verfassung ein Ordnungssystem integriert, welches nicht nur Zuständigkeiten staatlicher Organe schafft, sondern darüber hinaus die gesamtpolitischen und -sozialen Mechanismen reguliert. Bezeichnet wird dieses für den Rechtsstaat unerläßliche Wesensmerkmal als Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG)⁵⁾.

Die dergestalt festgesetzten Kompetenzabgrenzungen verbieten den drei Gewalten die Wahrnehmung artfremder Aufgaben. Besondere Schwierigkeiten bereitet im modernen bürokratisierten Staat

1) Zuleeg, Rechtsform, S. 24.

2) Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 204.

3) Friauf, Subventionswesen, S. 737; vgl. auch Badura, AöR 91, 135 ff, 137-139 (Rezension zu der Arbeit von K. Huber).

4) Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 35 f.

5) Schneider, Gewaltenteilung, S. 171 ff; Imboden, Vertrag, S. 92 f; Stern, Rechtsfragen, S. 558; Mayer, Verfassungsrechtliches Gebot, S. 193; Beinhardt, Öff.rechtl. Vertrag, S. 219 f; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 112.

oftmals die Abgrenzung der Zuständigkeiten, die durch die Größe der Behördenapparate weiter erschwert wird¹⁾. Gerade diese Gefahr gilt es zu bannen, zumal das Gewaltenteilungsprinzip eine wesentliche freiheitssichernde Aufgabe innehat, die neben der Systematisierung und Schematisierung den Interessen der Bürger dient, indem Kompetenzzuweisungen²⁾ die einzelnen Staatsorgane an die ihnen übertragenen Ressorts binden sollen. Das Gewaltenteilungsprinzip verlangt also die Aufrechterhaltung der Einsicht, daß die Gesetzgebung den beiden gesetzesvollziehenden Gewalten vorgelagert ist, dass Exekutive und Judikative nicht kraft eigenen Rechtes die Aufgabe der Legislative wahrnehmen können. Die Aufweichung dieser streng zu handhabenden Regelhaftigkeit nämlich würde rechtsstaatliche Fundamente und Garantien angreifen³⁾, speziell die verfassungsmäßige Organisation der Gewalten verunsichern und die Freiheitsrechte der Bürger gefährden.

Damit ist im Hinblick auf Wirtschaftssubventionen die Verwaltung zum Handeln nur dann befugt, wenn ihr dies durch Gesetz oder gesetzliche Ermächtigung gestattet ist⁴⁾. Ein eigenes und unabhängiges Initiativ- und Verordnungsrecht der Exekutive mit Außenwirkung steht zu dieser verbindlichen und vorrangigen Bestimmung im Widerspruch. Vielmehr sind Rechtsgebundenheit und Formenstrenge, die Normierung klarer Tatbestände durch den Gesetzgeber von überragender Bedeutung⁵⁾. Der eigentliche Verwaltungsbereich unterliegt damit ebensowenig einer Einschränkung wie die Leichtigkeit, Freiheit und Eigenständigkeit⁶⁾ der Exekutive. Deren Betätigungsfeld wird in vollem, verfassungsrechtlich zugebilligtem Umfange beibehalten; verkürzt wird lediglich ihr Handlungsspielraum hinsichtlich der durch Eigenanmaßung und gerichtliche Sanktion erwachsenen pseudonymen Rechtsverordnungen, die quasi gewohnheitsrechtliche Formen angenommen haben, dennoch aber rechtsstaatlichen

1) Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 14.

2) Vgl. Schneider, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, S. 220.

3) Schneider, Gewaltenteilung, S. 171 ff, und Pressefreiheit, S. 114 f; Giacometti, a.a.O., S. 15-17 und 22 f.

4) Friauf, Subventionswesen, S. 732; Flehinghaus, a.a.O., S. 88 f; Jesch, Gesetz, S. 205-234; Rupp, Verwaltungsrechtslehre, S. 130 f; v.d. Heyde, VVDStRL 24, 217 f. Czermak, Gesetzmäßigkeit der Subventionierung, S. 1760, mit anderer Begründung.

5) Menger, Verwaltungshandeln, S. 301 f; Zacher, Subventionen, S. 315, 353, ff; Kohlmann, Ermessensgebrauch, S. 26; v. Münch, Gleichheitssatz, S. 274.

6) Völker, Leistungsverwaltung, S. 78 ff, 111.

Anforderungen nicht entsprechen und diese Norm auch mittels wiederholter Übung nicht erfüllen.

bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Die Eigenart der subventiven Interventionen macht es erforderlich, auch Wirtschaftsgesetze an den materiellen und formellen Garantieprinzipien zu messen, denn Freiheitsbeschränkung und fehlerhafte Rechtsanwendung treten sowohl durch gesetzliche Regelungen als auch die Verwaltungstätigkeit im Gesetzesvollzug zutage. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gemeinwohlprinzip als dessen Grundlage¹⁾ stellen materielle Garantieprinzipien und damit Auslegungsprinzipien dar²⁾, die in Art. 19 Abs. 2 GG verankert sind³⁾. Ihnen obliegt die Aufgabe, die Proportionalität zwischen Mittel und Zweck unter Berücksichtigung der tangierten Rechtsgüter und Interessen zu wahren.

Während das Gemeinwohlprinzip zwischen Grundrechtsbeschränkung sowie Möglichkeiten der Gemeinwohlverwirklichung abwägt und die Frage beantwortet, ob ein schützenswertes Gemeinwohlgut überhaupt vorhanden und bei positiver Entscheidung, daß die Schutzmaßnahme erforderlich ist⁴⁾, gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit "die Prüfung der Geeignetheit, die normative Chancen- und Risikoabwägung sowie die Prüfung des geringstmöglichen Eingriffs"⁵⁾.

Auf Wirtschaftssubventionen übertragen bedeutet dies: Wurde die grundsätzliche Überzeugung gewonnen, daß Subventionsmaßnahmen zur Verwirklichung des allgemeinen Wohles beitragen, so darf eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Freiheitsrechte erfolgen und die Grundlage der Subventionierung geschaffen werden. Die sich nunmehr anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung beschäftigt sich damit, ob die Förderung den mit der Lenkungsmaßnahme beabsichtigten Zweck erfüllen kann. Die verschiedenartigen und nur schwer überschaubaren Auswirkungen besonders von Wirtschaftssubventionen verdeutlichen insbesondere die Wichtigkeit der zu stellenden Frage, ob der mit der Förderung verbundene Eingriff unter Beachtung der abgeschlossenen Maßnahme als nutzbringend

1) Schneider, Pressefreiheit, S. 124.

2) Schneider, a.a.O., S. 117.

3) Schneider, a.a.O., S. 114-116.

4) Vgl. Schneider, a.a.O., S. 118 ff, hier S. 123 f.

5) So Schneider, a.a.O., S. 124 ff, hier S. 126. Siehe hierzu aber auch Friauf, Steuergesetze, S. 36; Wolff, Verw.Recht III, S. 143; Eppe, Subventionen, S. 137 ff.

einzustufen ist. Schließlich muß das geeignete Mittel auch das mildeste sein; es darf beispielsweise keine im Verhältnis zur Förderung unangemessene Beeinträchtigung des Freiheitsrechtskatalogs herbeiführen, Vor- und Nachteile müssen für den Einzelnen eine sinnvolle Relation aufweisen (Übermaßverbot)¹⁾.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweist sich somit unter Bezug auf die in diesem Kapitel dargelegten Ausführungen als echtes Kriterium für die kalkulierbare Vergabe von Wirtschaftssubventionen. Ihm kommt insofern gesteigerte Bedeutung zu, weil es Gesetzgeber und Verwaltung, indirekt und direkt, zwingt, sich an der Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Gesetzes zu orientieren.

cc) Bestimmtheit, Abstraktheit und Dauer des Gesetzes

Die rechtsstaatliche und soziale Nachkriegsdemokratie mit all ihren Begleiterscheinungen - in Anbetracht dieses Problemkreises dem raschen Wiederaufbau, der expansiven Wirtschaftsstruktur, dem internationalen Wettbewerbsdruck und damit einhergehend den vielgestaltigen sozialen Problemen - war häufig genötigt, situationsbetontes Recht zu schaffen. Daher mag wegen einer gewissen Überlastung der Gesetzgebungsorgane auch die Tendenz erklärbar sein, daß zumindest ein Teil der dem Gesetzgeber obliegenden Aufgaben stillschweigend und wohlwollend der Verwaltung überlassen blieb. Zahlreiche durchdachte Regelungen, die gegenüber eilig verabschiedeten Gesetzen zweifellos Vorteile aufwiesen, mochten die Feststellung, die Verwaltung dürfe verwalten²⁾, rechtfertigen. Daß hingegen nur gesetzgeberische Grundsatzregeln echtes, rechtsstaatlichen Prinzipien genügendes Dauerrecht zu schaffen vermögen, wurde weniger verkannt als vielmehr aus der Not der Gegebenheit bagatellisiert.

Besonders ein zeitgemäßes Wirtschaftsverfassungsrecht erhebt Anspruch auf gesetzliche Bestimmungen, weil eben "kontinuitätsschaffende und bewahrende Sachnormen"³⁾ gerade unter demokratischen Verhältnissen erforderlich erscheinen, um ein geschlossenes

1) Vgl. auch Dahlinger, Verhältnismäßigkeit in der Leistungsverwaltung; Friauf, Steuergesetze, S. 36.

2) Bachof, VVDStRL 19, 269.

3) Huber, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 100.

Wertgefüge für den ausführenden Hoheitsträger und den beteiligten Bürger aufzubauen. Dabei soll nicht nur die Möglichkeit von parteibedingten Regierungswechseln berücksichtigt werden, sondern auch der rechtsstaatlich fundierte Anspruch in diesem Falle der Unternehmen, ihre immer langfristig ausgelegte Planung anhand verbindlich befristeter Gesetze¹⁾ durchzuführen. Diesen Vorteil zeitigen nicht das dem Annuitätsprinzip unterliegende Haushaltsgesetz und keine fallweisen und ermessensbedingten, nicht innerhalb eines gesetzlichen Rahmens festgelegten Verwaltungsentscheidungen. Der über Subventionierungen befindende Verwaltungsbeamte hat innerbehördliche Anweisungen auch dann zu befolgen, wenn sie vorangegangenen Maßnahmen widersprechen.

Ähnliche Überlegungen gelten für Bestimmtheit und Abstraktheit des Gesetzes. Diese Merkmale, unabhängig von Maßnahmegesetzen und Art. 80 GG, gilt es zu beachten, um die Wahrung der Freiheitsrechte sowie Rechtssicherheit und Rechtsschutz zu gewährleisten. Andernfalls würde es an der besonders bei Wirtschaftssubventionen notwendigen Berechenbarkeit fehlen, könnten Übersichtlichkeit und Systematik von Gesamt- und Einzelmaßnahmen nicht verbürgt, unterschiedliche Behandlungen nicht vermieden werden.

dd) Das Publizitätsprinzip

Eine weitere am Rechtsstaats- und damit dem Gesetzmäßigkeitsprinzip orientierte Sicherung erfüllt der Grundsatz der Öffentlichkeit. Die Gefahr, Grundrechte der Bürger zu verletzen, ist bei Subventionen besonders akut: Einerseits werden bei mangelnder Publizität der wirtschaftslenkenden Förderungsmaßnahmen berechnete Unternehmen nicht in ausreichender Weise hierüber informiert, wodurch Verletzungen des Gleichheitssatzes sowie der Wettbewerbs- und Berufsfreiheit in Betracht kommen können. Andererseits muß der nicht begünstigte Wettbewerb in die Lage versetzt werden, entweder Abwehrrechte geltend zu machen oder seine Handlungsweise auf die eingetretene Situation abzustimmen.

Dem rechtsstaatlichen Erfordernis der Publizität genügen jedoch nur Gesetze. Parlamentsbeschlüsse und Globalermächtigungen beispielsweise sind auf Grund ihrer mangelhaften oder überhaupt

1) Ähnlich Schaumann, Gleichheit, S. 723 f.

fehlenden Veröffentlichung als nicht detaillierte Bestimmungen unzureichend¹⁾. Hier werden öffentliche Kontrolle und Information gänzlich vermißt, auch zweckmäßige, ordentlich beratene und zu Recht bereitgestellte Wirtschaftssubventionen werden der Zweilichtigkeit ausgesetzt, weil allein die Gelegenheit zu objektiver Kritik außer Acht gelassen wurde²⁾.

Der Mangel an Publizität lastet jedoch auch dem Haushaltsgesetz³⁾ an. Dessen Beratungen und Beschluß sind für den Bürger, der mit dieser Art von jährlich in Form und Volumen wechselndem Gesetzeswerk nicht vertraut ist, schlechthin undurchsichtig. Ein intensiver Grad informatorischen Charakters wird auch nicht durch die von Verwaltungsbehörden wahrgenommene Verteilung der Subventionen erreicht. Dies bewirken soziologische Aspekte, denn zum einen gilt der dem Beamten oktroyierte Grundsatz sparsamer Haushaltsführung, zum anderen wird ein gefördertes Unternehmen wenig Interesse zeigen, seiner nicht berücksichtigten Konkurrenz die bevorzugende Verwaltungstätigkeit kundzutun. Grundrechtsverstöße geraten somit in den Bereich des Möglichen, weil rechtsstaatliche Anforderungen in dem vom Grundgesetz verbürgten Maße nicht bedingungslos erfüllt werden. Die Berufung auf vernachlässigte Wachsamkeit des Übergangenen Einzelnen grenzte hierbei an Banalität, zumal auf Seiten der verantwortlichen Stellen die korrekte verfassungsmäßige Behandlung so essentieller Fragen wegen der gegebenen Verfassungslage in Zweifel gezogen werden könnte⁴⁾. Das Publizitätsprinzip, Bestandteil verfassungskonformen Verhaltens, gebietet mithin um des Grundrechtskatalogs sowie der beabsichtigten Folgewirkungen von Wirtschaftssubventionen willen die Wahrung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens für den diskutierten Bereich der Leistungsverwaltung. Der erwünschte Gesetzesvorbehalt für das Recht der Wirtschaftssubventionen sollte diesen Anspruch manifestieren.

c) Art. 80 GG

Auch Art. 80 GG macht jegliche Rechtsverordnung der Verwaltung von einer formell-gesetzlichen Ermächtigung abhängig⁵⁾. Insofern

1) Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 98.

2) Ähnlich Vogel, Gesetzgeber, S. 175.

3) s.u. d).

4) Vgl. hierzu auch Zacher, Subventionen, S. 355 ff.

5) Rupp, Verwaltungsrechtslehre, S. 115 f; Friauf, Subventionswesen, S. 735; Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 77-83; a.M. Vogel, Gesetzgeber, S. 162-164.

verbleibt auch für die Auffassung, daß bis zur vollen gesetzlichen Ausgestaltung des Subventionsrechts ersatzweise Übergangslösungen die bestehende Problematik meistern müßten oder könnten¹⁾, kein Raum. Das rechtsstaatlichem Boden erwachsene Grundgesetz bestimmt, daß gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 2 Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz festgelegt werden müssen.

Damit entbehrt gleichzeitig die wiederkehrende Übung des Bundesverwaltungsgerichts der Grundlage, das eine leistende Verwaltung nicht derselben strengen Berücksichtigung des Vorbehalts unterwirft²⁾, wie dies konsequent für die eingreifende Verwaltungstätigkeit gefordert wird. Art. 80 GG bewirkt mithin eine Erweiterung des Vorbehaltsbereichs, der einem demokratischen Rechtsstaat allein auf Grund des Gleichheitssatzes und der Rechtsschutzgarantie als angemessen erachtet werden muß, zumal die einschlägigen Verwaltungsvorschriften Außenwirkung gegenüber dem Bürger entfalten. Nicht eingeschlossen in diesen rechtsstaatlichen Forderungskatalog sind die verwaltungsinternen Normen. Besonders jenes Differenzierungsmerkmal verdeutlicht die getrennte Betrachtungsweise der unterschiedlichen Handlungsformen der Exekutive³⁾, die nämlich unter der Geltung des Grundgesetzes ein weites Betätigungsfeld in der ihr zugewiesenen Kompetenz übernommen hat.

Wirtschaftssubventionen als Teil der Leistungsverwaltung sind nicht dem gesetzessfreien Raum zugeordnet. Sie unterliegen entweder dem geforderten ordentlichen Gesetzgebungsverfahren oder der in Art. 80 Abs. 1 GG verankerten Regelung.

d) Haushaltsgesetz und Haushaltsplan, einfache Parlamentsbeschlüsse, etatmäßige Bereitstellung der Mittel und Globalermächtigungen

Ein Großteil der Lehre⁴⁾ und das Bundesverwaltungsgericht⁵⁾

1) Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 295; Jesch, Gesetz, S. 235 f.

2) BVerwG NJW 61, 137; BVerwG DVBl. 63, 182; BVerwGE 17, 111; u.v.a.

3) Ausführlich Rupp, a.a.O., S. 134 f, 144 ff.

4) Ipsen, Subventionierung, S. 41 f, und Subventionen, S. 277, 290 f; Eppe, Subventionen, S. 73, 108 f; Wolff, Verw.Recht III, S. 220; Scheuner, Intervention, S. 40 f; Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 16; Flehlinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 35-37, 96-98; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 294 ff.

5) z.B. BVerwGE 6, 282 ff, 287; BVerwG NJW 58, 1153; BVerwG MDR 65, 326 f.

haben Haushaltsgesetz, Haushaltsplan, einfache Parlamentsbeschlüsse, etatmäßige Bereitstellung der Mittel sowie unbestimmte Globalermächtigungen als Grundlage für Wirtschaftssubventionen für ausreichend erachtet. Dem hat sich aus zumeist rechtsstaatlichen Erwägungen zutreffend eine breite Front von Meinungen entgegengestellt¹⁾.

Die Undurchsichtigkeit dieser Art von Ermächtigungen²⁾ widerspricht schlechthin der Verfassungslage, da berechnete Unternehmerinteressen zwangsläufig benachteiligt zu werden drohen. Sie begünstigt aber außerdem die Etat- und Richtliniensubventionierung nach dem Gießkannensystem und bewerkstelligt damit eine unerwünschte, möglicherweise am tatsächlichen Subventionszweck vorbeiführende Förderung nicht bedürftiger Gruppen, die dem geltenden Wirtschaftlichkeitsprinzip diametral entgegengesetzt verläuft. Demnach besteht kein Grund, die Verwaltung aus der vorgesehenen Normbindung zu entlassen, wenn auch Gesetze des öfteren wegen der Weite der zu regelnden Materie in allgemeinerer Form beschlossen werden; Gesetze gewährleisten jedenfalls die Aufrechterhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung. Der mittels des Haushaltsgesetzes geübten Praxis steht zudem das Bepackungsverbot des Art. 110 Abs. 2 Satz 4 GG entgegen³⁾.

2. Die Beachtung der grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte

a) Art. 2 Abs. 1 GG

Neben die Überlegung, wie der Einzelne sich staatlicher Intervention mittels des in Art. 2 Abs. 1 GG verbrieften Freiheitsrechtes erwehren kann⁴⁾, muß die Prämisse treten, daß die wie alle anderen Ausgaben des Staates aus Steuermitteln aufgebrachten Wirtschaftssubventionen im öffentlichen Interesse nutzbringend zu investieren sind⁵⁾. Hierdurch wird nicht nur die Abgrenzung zwischen Sozial- und Wohlfahrtsstaat⁶⁾ aufrechterhalten, sondern gleich-

1) Stern, Rechtsfragen, S. 521 f; Bellstedt, Subventionen, S. 171; Köttgen, Fondsverwaltung, S. 76; Schilling, Fondswirtschaft, S. 199; Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Anm. 137; Friauf, Subventionswesen, S. 735; Rupp, Verwaltungsrechtslehre, S. 143-146; Jesch, Gesetz, S. 94 f; Mayer, Verfassungsrechtliches Gebot, S. 195 f; Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 17-19; Zacher, Subventionen, S. 355-384.

2) s.o. I c aa 4).

3) Zutreffend Schilling, a.a.O., S. 199.

4) s.o. a aa.

5) Für viele andere Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 111 f.

6) s.o. I 1 a.

zeitig eine möglicherweise wirksame Einschränkung der Forderungen der Interessenverbände erreicht.

Entgegen der geübten, nahezu gewohnheitsrechtlichen Praxis besteht normalerweise keine Veranlassung, Unternehmen, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, mit staatlicher Hilfe konkurrenzfähig zu erhalten. Art. 1 GG gewährleistet wohl ein Recht auf das Existenzminimum; dieses bezieht sich jedoch nicht auf die wirtschaftende Tätigkeit¹⁾. Dem Art. 2 GG ist zwar der Sozialstaatsgedanke immanent²⁾, aber dieser bietet dennoch keine Gewähr für die Abwendung von Konkursen, Vergleichen und Liquidationen mit öffentlichen Mitteln, da er das wirtschaftliche Unternehmer-Risiko nicht übernimmt. Abgesehen von den zahlreichen Wettbewerbsverzerrungen, die einer freien Marktwirtschaft widersprechen, würde der öffentliche Haushalt durch derlei Hilfestellungen über Gebühr Belastungen unterliegen, welche spätestens mit dem Eintritt von Krisenzeiten seinen Zusammenbruch nach sich zögen. Art. 1 und 2 GG stehen der Vergabe von Wirtschaftssubventionen also nicht entgegen, treffen jedoch konkrete Aussagen über deren inhaltliche Begrenzung.

Diese Begrenzung wird indirekt auch in einem teilweisen Grundrechtsverzicht des Subventionsbewerbers offenbar. Die ihm zugewilligte Wettbewerbsfreiheit benutzt der Einzelne zu Arrangements mit dem Staat, die für ihn wohl vorteilhafter Natur, aber gleichfalls mit Auflagen verbunden sind. Die grundsätzlich zulässigen Auflagen³⁾ stellen adäquate Mittel dar, die jeder Subventionierung innewohnende Voraussetzung der Zweckverwirklichung zu erfüllen, außerdem aber dem Subventionsempfänger einen Teil der ihm eingeräumten Freiheit zu beschneiden. Die Gegenleistung der Begünstigung ist das subventionsgerechte Verhalten des Geförderten. Kommt er dieser Forderung nach, so verzichtet er konkludent auf die umfassende Wahrnehmung der ihm im Grundgesetz verbürgten Rechte, da diese durch die staatliche Intervention eingeengt werden⁴⁾.

1) v. Münch, Gleichheitssatz, S. 287 f.

2) s.o. I 1 b.

3) s.o. 1. Kap. I u. insbes. Krüger, Auflage.

4) Vogel, Gesetzgeber, S. 155, mit Nachweisen; Henze, Verw. rechtl. Probleme, S. 107 f; v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 12, VI 2 b. Es bestehen insofern enge Beziehungen zwischen Art. 2 I und 12 GG. Vgl. auch Ipsen, Subventionen, S. 303.

Die optimale Ausnutzung der dargebotenen Chancen beruht dennoch auf einem Akt der Freiwilligkeit. Deshalb ist ein teilweiser Grundrechtsverzicht des Bürgers erst dann möglich, wenn dabei die Freiheit der Entscheidung gewährleistet wird, und er selbstverantwortlich handelt. Der Umfang der Einschränkung der in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Unternehmensfreiheit¹⁾ durch staatliche Auflagen bestimmt sich nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip²⁾ im materiellen Sinne und damit der Güterabwägung. Die Grenze ist dort gesetzt, wo der Hoheitsträger sich anschickt, das subventionierte Unternehmen zu beherrschen, bzw. das Gemeinwohlprinzip zu gefährden.

Gleichzeitig kann die Subventionierung eines Wirtschaftsunternehmens dessen nicht geförderte und mit ihm im Preiswettbewerb stehende Konkurrenz in ihrer Wettbewerbsfreiheit³⁾ beeinträchtigen. Subventionierte Unternehmen erzielen einen kalkulatorischen Vorteil⁴⁾, der möglicherweise gegenüber dem Mitbewerber eine günstigere Ausgangsposition bewirkt. Der nichtsubventionierte Konkurrent wird in dem "Wesensgehalt" des Grundrechts dann beeinträchtigt, wenn das Grundrecht "jeden praktischen Wert verliert"⁵⁾. Dies wird der Fall sein, wenn er wegen der staatlichen Hilfsmaßnahmen zugunsten der Mitbewerber seine Marktstellung einbüßt, sie jedenfalls nicht mehr behaupten kann. Der Hoheitsträger muß die Gefahr umgehen, die gesunde Wirtschaft durch die

-
- 1) Vgl. E.R. Huber, DÖV 56, 135; Maunz-Dürig, GG I, Art. 2, VI Anm. 43 ff.
 - 2) Hierzu eingehend Schneider, Pressefreiheit, S. 117 ff, insbes. S. 124-126.
 - 3) Zum "Wettbewerbsbegriff" siehe Bellstedt, Subventionen, S. 165 f.
 - 4) Ähnlich Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 81, und Gundlach, Subventionen, S. 73.
 - 5) BVerwGE 1, 269; 2, 89 ff, 93; 2, 295. Zu dem Verhältnis von Freiheit und Gleichheit vgl. Schneider, a.a.O., S. 117 ff, insbes. S. 120 f, und pro libertate, S. 267 ff. Danach ist Freiheit nicht ohne Gleichheit zu verwirklichen, und Gleichheit wiederum wird durch die Freiheit eingeschränkt. Art. 3 GG, auf den sich der Subventionierte berufen kann, muß dann zurücktreten, wenn Art. 2 GG in der Konkurrentensphäre im Wesensgehalt beeinträchtigt wird. Der Staat darf nur das im Verhältnis zwischen staatlicher Zielsetzung und bürgerlichem Freiheitsrecht mildeste Mittel zur Zweckverwirklichung anwenden; hierbei ergibt sich gleichsam eine jeweils abzustimmende Stufenordnung. Diese Problematik müßte Thema einer getrennten theoretischen Erörterung sein und soll deshalb im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift werden.

Sanierung kranker Unternehmen zu ruinieren. Art. 2 Abs. 1 GG liefert hierfür eine wirksame Verfassungsschranke, die bei der gesetzlichen Regelung der Subventionen zu berücksichtigen ist.

b) Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG

Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird in der Diskussion um staatliche Wirtschaftslenkung mittels Subventionen regelmäßig als wichtigster Gesichtspunkt angeführt¹⁾.

Diese Position hat ihren Ursprung nicht zuletzt in der mannigfach geübten Subventionspraxis, Verwaltungsbehörden über das Förderungswesen befinden zu lassen und sodann im Falle der Geltendmachung des Rechtsschutzes durch die Bürger den Komplex der gerichtlichen Prüfung zu überantworten. Verwaltungsrichtlinien und behördliches Ermessen werden auf ihre Gültigkeit hinsichtlich des Grundrechts untersucht, wobei das häufige Fehlen förmlicher Gesetze für die geschaffenen Tatbestände zunächst die Verwaltungsentscheidung und anschließend die Rechtsfindung erschwert. Gerade die Aufgabe der Justiz könnte erleichtert werden, wenn sie in einer Vielzahl der Fälle nicht nur die unterschiedliche Bindung des Gesetzgebers und der Verwaltung an den Gleichheitssatz²⁾ unberücksichtigt lassen, sondern auch davon ausgehen dürfte, daß bei der Gleichheitsbestimmung anstelle der Verwaltung dem Gesetzgeber das Primat eingeräumt wird³⁾. Die Gradlinigkeit der Verwaltungsarbeit impliziert außerdem ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit.

aa) Absolute und relative Gleichheit

Eine absolute Gleichheit läßt sich in der gegebenen Staatsform nicht realisieren. Vielmehr verursachen die zwangsläufigen Verschiedenheiten in einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung Komponenten, die nur unter Zugrundelegung einer relativen, proportionalen Gleichheit⁴⁾ zu beurteilen sind. Die Übereinstimmung aller Merkmale nämlich wäre Identität⁵⁾ und nicht "Gleichheit

1) Für viele andere Scheuner, Intervention, S. 56, und Schüle, ZHR 127, 220 ff, 222.

2) v. Münch, Gleichheitssatz, S. 298 f.

3) Mertens, Selbstbindung, S. 7 u. 31; Ipsen, Gleichheit, S. 147.

4) Vgl. v. Münch, a.a.O., S. 285; v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 3 GG, III 1; Hesse, Gleichheitsgrundsatz, S. 173; Mertens, a.a.O., S. 45; Böckenförde, Gleichheitssatz, S. 68; Küchenhoff, Gleichheit, S. 281; Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 147; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 265.

5) Hesse, a.a.O., S. 173.

im Verhältnis zwischen Rechtsträgern¹⁾.

Die fallweise auftretenden Unterschiedlichkeiten fordern einen differenzierenden Charakter wirtschaftslenkender Gesetze. Strenger Formalismus läßt sich mit einer flexiblen und brauchbaren Wirtschaftslenkung nicht vereinbaren²⁾. Es bedarf daher der Trennung von Wesentlichem und Unwesentlichem, um sachgerechte Abgrenzungen bestimmter Lebens- und Wirtschaftsgebiete vornehmen zu können. Die Berücksichtigung aller tatsächlichen Verschiedenheiten ist dabei nicht entscheidend, ja, sogar ausgeschlossen. Die Privatunternehmen müssen nach Eigengesetzlichkeiten beurteilt werden, die in der Summe einen zusammengehörigen Komplex bilden, der sich anderen Sachverhalten gegenüber als Einheit auszeichnet und den Gemeinsamkeitsbegriff prägt. Abstrahierung und Generalisierung ergeben die wesentlichen Merkmale im Sinne einer verhältnismäßigen Gleichheit, die am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist³⁾.

Die Grenzziehung erfolgt bei der Subventionsentscheidung unter der Bedingung gerechter Teilhabe aller in Frage kommenden Wirtschaftsunternehmen. Gerade die relative Gleichheit unterbindet nun eine großzügige und unangemessene Förderung derjenigen, die wohl allgemeine, für die Subventionierung erforderliche Wesensmerkmale vereinen, aber unter sozialen Aspekten und den speziellen Subventionsabsichten nicht als förderungswürdig erachtet werden können. Diese Situation erfaßt wirtschaftlich starke und finanziell gesunde Unternehmen, denen das Kriterium der Bedürftigkeit einfach abgesprochen werden muß, sowie die Einhaltung sparsamer Haushaltsführung, welche nur die nutzbringende Verwendung der aus dem Steueraufkommen des Staatsbürgers resultierenden öffentlichen Gelder für die Allgemeinheit erlaubt. Bewirkt die geplante Wirtschaftssubvention demnach keine Bereicherung des Gemeinwohls, so erübrigen sich Förderung und Intervention⁴⁾. Diese Art der Differenzierung muß als zulässig und notwendig angesehen werden, wobei sich Abwehrrechte aus den Art. 2 I, 12 und 14 GG⁵⁾

1) Küchenhoff, a.a.O., S. 281.

2) In diesem Sinne auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 216 f.

3) BVerfGE 1, 52; 3, 240; 4, 243 f; 9, 129 f; 12, 367. Vgl. auch Ipsen, a.a.O., S. 178 ff.

4) Siehe hier zum Gemeinwohlprinzip Schneider, Pressefreiheit, S. 118-124. Hinsichtlich der Abgrenzung vgl. v. Münch, a.a.O., S. 288 f; Küchenhoff, a.a.O., S. 285; Hesse, a.a.O., S. 211, 221; ausführlich Böckenförde, a.a.O., S. 28-78.

5) Siehe oben a.a.

ergeben mögen.

bb) Das Willkürverbot

Eine Begrenzung dieses Bewertungsmaßstabes liefert das Willkürverbot¹⁾: Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG wird durch Ermessensmißbrauch dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche oder verwaltungsmäßige Differenzierung oder Behandlung nicht finden läßt, wenn überhaupt kein innerer Zusammenhang zwischen der gesetzlichen Bestimmung oder dem Verwaltungshandeln und der durch den Gesetzgeber oder die Verwaltung zu regelnden Materie vorhanden ist, oder zwar ein solcher besteht, aber doch in einem offenbar völlig unzulänglichen Verhältnis, wenn der Grund, kurzum, wenn die Norm als willkürlich charakterisiert werden kann²⁾. Hier führt die ausschlaggebende "Willkür"-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Willkürbegriff als Zentralmaxime ein. Die Grenze des freien Ermessens der Verwaltung und des Ermessens des Gesetzgebers liefert die Mißbrauchsformel³⁾; sie fordert nicht nur die Notwendigkeit sachgerechter Abwägung bei gesetzlichen und verwaltungsmäßigen Differenzierungen sowie die Beachtung der Rechtssicherheit, sondern gleichzeitig die Forderung nach Gerechtigkeit.

Unterscheidungen dürfen einesteils innerhalb des Empfängerkreises getroffen werden. Insofern ist das Problem gleichmäßiger Verteilung angesprochen. Widerrechtliche Bevorzugungen und Benachteiligungen⁴⁾ bestimmter Unternehmen können zumindest da nicht geltend gemacht werden, wo die wesentlichen Merkmale der konkurrierenden

1) Bachof, Beurteilungsspielraum; Kohlmann, Ermessensgebrauch; Ipsen, a.a.O., S. 147-151; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 64; Stern, Rechtsfragen, S. 559; Imboden, Gesetz, S. 14 f; Wolff, Verw. Recht I, S. 153 u. 156; Leibholz, Gleichheit und GG, S. 195; Mertens, a.a.O., S. 44-56; Kopp, Richterliche Nachprüfung, S. 319; Furtwängler, a.a.O., S. 120 f; Friauf, Steuergesetze, S. 37 f.

2) BVerfGE 1, 52; 1, 276; 3, 240; 4, 42; 4, 155; 243 f (4); 6, 91; 9, 349 f; 12, 367; 15, 320; 17, 210 ff; 18, 46; Leibholz, Gleichheit und GG, S. 195, und Gleichheit, S. 72 ff.

3) Siehe hierzu die ausführliche Darstellung bei Schneider, pro libertate, S. 263 ff, wo neben der Bezugnahme auf das gesetzgeberische Ermessen und das Willkürverbot vor allem die Beziehung von Freiheit und Gleichheit behandelt wird (insbes. S. 267-269 und zusammenfassend S. 272).

4) Vgl. Böckenförde, a.a.O., S. 72, und die Unterscheidung bei v. Münch, a.a.O., S. 290 ff, zwischen existentiell-notwendigen und freiwilligen Leistungen.

Subventionsbewerber verglichen und beachtet worden sind, außerdem besondere Verhältnisse eine Differenzierung vom Normalfall verlangen¹⁾. Die objektive Situation liefert die legitimen Unterscheidungskriterien²⁾ und bestimmt die dem Anwärterkreis zugehörigen Unternehmen nach den Voraussetzungen, die zu der wirtschaftspolitischen Entscheidung, einen bestimmten Wirtschaftskreis überhaupt zu subventionieren, geführt haben. Sodann muß gleichmäßige Behandlung durch "budgetäre Bereitstellung der Mittel"³⁾ im Haushaltsplan gewährleistet sein. Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz drohen, wenn nicht alle berechtigten Unternehmen durch die Subventionsmaßnahme befriedigt werden. Erlaubt das vorhandene Budget nicht die Subventionierung in vollem Umfange, so bestimmen andere Momente die Subventionsvergabe⁴⁾, wie z.B. die Zeitfolge des Eingangs der Anträge, wobei auch hier zunächst Zweckmäßigkeit der Förderung und Würdigkeit der Antragsteller geprüft werden müssen⁵⁾.

Nachdem nur notwendige Leistungen vergeben werden dürfen⁶⁾, beinhaltet die Würdigkeit gleichzeitig die finanzielle Bedürftigkeit des Empfängers. Der Staat ist diesbezüglich berechtigt, sich über die finanzielle Lage der Antragsteller zu informieren⁷⁾, im Zweifelsfalle hierzu sogar verpflichtet. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob die seit Jahren aktuellen Bergbau-Förderungsmaßnahmen in der Höhe überhaupt gerechtfertigt sind⁸⁾. Unrentabilität darf nicht Schrittmacher der Bedürftigkeit sein. Subventionen als außergewöhnliche Leistungen des Staates sollen volkswirtschaftliche Nachteile verhüten und im öffentlichen Interesse sinnvoll eingesetzt werden, wobei Strukturänderungen eine vielfach ungenutzte, aber dennoch effektvolle Alternative verheißen.

1) BVerfGE 10, 371; 12, 349 und bes. 8, 68 f, wo zutreffenderweise auch auf die unterschiedliche Behandlung im Steuerrecht verwiesen wird.

2) BVerfGE 3, 391 f; 12, 367.

3) Götzt, a.a.O., S. 39 f.

4) Ausführlich Götzt, a.a.O., S. 39-41; siehe auch Ipsen, Subventionen, S. 283.

5) Götzt, a.a.O., S. 40 f; Mertens, a.a.O., S. 78 ff, 97 ff.

6) Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 101 f; Menger, Verwaltungshandeln, S. 303.

7) a.M. Götzt, a.a.O., S. 40 f.

8) Hierzu z.B. Oberlack, 10 Jahre Kohlekrise, in: Das Wertpapier, Nr. 12, 15. Jahrgang, S. 795 ff; Throm, Die Kohle wettbewerbsfähig machen, in: FAZ vom 2.3.1968 (Nr. 53), S. 17.

Zum anderen können unterschiedliche Regelungen auf Gründen allgemeiner Natur beruhen, wie beispielsweise der wirtschaftlichen und finanziellen Entwicklung des Staatswesens, wodurch auch politische Gesichtspunkte als sachbezogene Beurteilungsmaßstäbe in Frage kommen. Hochkonjunkturelle Perioden eröffnen andere Möglichkeiten staatlicher Förderung als eine rezessive Wirtschaftsstruktur. Die Finanzlage des Staates¹⁾ ist nicht nur ausschlaggebend für eine Begrenzung, sondern auch Einschränkung der Subventionen; die Beihilfenpolitik kann vermindert werden, wenn dies kritische Phasen erfordern, abgebrochen, wenn das Leistungsvermögen jeglicher weiterer Subventionierung widerspricht²⁾.

cc) Die Selbstbindung

Gesetzgeberische und verwaltungsmäßige Subventionsentscheidungen binden die Hoheitsträger³⁾. Regelungen, die in krassem Widerspruch zu ihren vorherigen Anschauungen stehen, sind ihnen verwehrt. Die Selbstbindung des Gesetzgebers und der Verwaltung verleiht benachteiligten Bürgern einen Anspruch auf willkürfreie und gleichmäßige Behandlung, zu der die öffentliche Gewalt verpflichtet ist. Unregelmäßigkeiten lassen sich insbesondere beim Verwaltungshandeln nur schwer vermeiden, solange keine gesetzlichen Grundlagen vorhanden sind. Deswegen kann der Eintritt der Selbstbindung der Verwaltung oftmals erst nach eingehender Prüfung festgelegt und die Konsequenz gezogen werden, ob eine Berufung auf den Gleichheitssatz möglich ist.

Die Gleichheitsprüfung⁴⁾ hat sich vielfach mit dem der Verwaltung zugebilligten Ermessen zu beschäftigen. Das Ermessen als unbestimmter Rechtsbegriff schafft unterschiedlichen Verwaltungsentscheidungen einen gewissen Spielraum, innerhalb dessen der

-
- 1) v. Münch, a.a.O., S. 284; Menger, a.a.O., S. 302; a.M. Rübner, Öff. Verwaltung, S. 228. - Die Subventionierung durch innersektoralen Finanzausgleich - siehe Götze, a.a.O., S. 63-66 - dürfte mit Schwierigkeiten verbunden sein. Subventionen dienen dem allgemeinen Wohl; deshalb ist es falsch, einzelne Bevölkerungskreise oder -schichten praktisch mit einer Zusatzsteuer zu belasten, um damit deren bedürftiger Konkurrenz zu helfen (die Bezeichnung "Ausgleichsabgabe" kann darüber nicht hinwegtäuschen). Ähnlich Ipsen, Investitionshilfe, S. 329.
 - 2) Vgl. v. Münch, a.a.O., S. 283 f; Menger, a.a.O., S. 303 f; Hesse, a.a.O., S. 210; Mertens, a.a.O., S. 101.
 - 3) Wolff, Verw. Recht I, S. 156 (Rechtsprinzip); Eppe, Subventionen, S. 132 f.
 - 4) Mertens, a.a.O., S. 45 f; bezüglich der einzelnen Phasen siehe Ipsen, Gleichheit, S. 161, 178 ff.

Exekutive keine Fehlerhaftigkeit nachzuweisen und somit kein klagbarer Anspruch des Bürgers gegeben ist. Aber nicht nur die fehlende Konkretisierung dieser Subventionstatbestände vermag unbestimmte Sphären zu erzeugen, sondern auch die einer freiheitlichen Demokratie selbstverständliche Möglichkeit, daß politische Veränderungen eintreten. Bleibt die Selbstbindung in gleichem Maße aufrechterhalten, wenn verschiedene Legislaturperioden parteipolitischen Wechseln unterliegen? Konservative und liberale Parteien werden u.U. Wirtschaftssubventionen anders bewerten als soziale und sozialistische Gruppen. Die Frage des Fortbestehens von Subventionen wird besonders dann aktualisiert, wenn in diesem Zuge Neu- und Umbesetzungen von Sachverständigenräten, aber auch innerhalb der Behörden stattfinden, die zwangsläufig von der geübten Praxis abweichende Auffassungen herbeiführen dürften. Kritisch kann sich die Situation jedenfalls dann entwickeln, wenn förmliche Gesetze als Subventionsgrundlagen nicht beschlossenen worden sind und damit auch maßgebliche, für das Gesetz jedoch selbstverständliche Voraussetzungen fehlen.

Dennoch: Es kann immer nur die Frage geprüft werden, unter welchen Umständen subventioniert werden darf, nicht aber, ob subventioniert werden muß¹⁾. Deshalb garantiert der Gleichheitsgrundsatz kein Recht des Einzelnen, vom Staate - gleich, in welcher Tätigkeitsform dieser auftritt - ein bestimmtes Tun oder Unterlassen hinsichtlich der öffentlichen Beihilfenpolitik zu verlangen; ihm wohnt diesbezüglich kein subjektiv öffentliches Recht inne²⁾. Gesetzgeber und Verwaltung sind lediglich verpflichtet, bei Belastungen wie bei Begünstigungen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu wahren. Nicht "unter allen Umständen ist Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Nur dann ist nach Art. 3 Abs. 1 GG Gleiches gleich, Ungleiches aber ungleich nach seiner Eigenart zu ordnen, wenn die Gleichheit oder Ungleichheit jeweils in dem in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam ist, daß ihre Beachtung einer gesetzlichen Regelung nach einer am

1) Vgl. Götz, a.a.O., S. 264. Wohlbemerkt sind hiervon detaillierte gesetzliche Subventionsregelungen nicht betroffen.

2) So auch VGH Kassel DVBl. 63, 443 ff., 445; Kohlmann, a.a.O., S. 83-92 mit zahlreichen Nachweisen; Mertens, a.a.O., S. 79; Götz, a.a.O., S. 36 ff.

Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise geboten erscheint"¹⁾. Das Gebot verhältnismäßig gleicher Behandlung wird durch differierende Interessen der Subventionierten, die Chancengleichheit aller sowie die Finanzlage des Staates unter Berücksichtigung der Ausweitungstendenz und des Dauercharakters der Subventionen bestimmt.

dd) Ergebnis

Der Gleichheitssatz stellt keine gesetzliche Grundlage für Subventionen dar, sondern setzt die den Umfang der Subventionierungen bestimmenden Maßstäbe fest. So verstanden, ergibt sich aus dem Inhalt des Gleichheitssatzes nicht nur ein Abwehrrecht des Bürgers, nicht nur ein Gebot sachgerechter Ermessensausübung und ein Verbot der Willkür sowie die Selbstbindung der Gesetzgebung und Verwaltung, sondern außerdem ein Kriterium von Rang für die gleichmäßige Verteilung der Subventionen eben im Sinne des Willkürverbots²⁾ besonders im Bereich der Wirtschaft, das die Berücksichtigung aller notwendigen Unterschiede bewirken soll. Der Gleichheitssatz steht einer gesetzlichen Regelung des Wirtschaftssubventionswesens nicht entgegen, fördert diese vielmehr³⁾, um optimale Gleichbehandlung sicherzustellen, subventionären Ausweitungstendenzen und überhöhten Forderungen der Lobby⁴⁾ entgegenzuwirken, die Verwaltungsarbeit im gewährenden Bereich festzulegen und zu koordinieren sowie die Häufung von Ermessensfehlern zu vermeiden, damit gleichzeitig die Justiz zu entlasten und den in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Rechtsschutz zu gewährleisten.

c) Art. 12 GG

Art. 12 GG kann zum Schutz nichtsubventionierter Wettbewerber in Betracht kommen⁵⁾, nicht aber nur den Subventionierten selbst

1) BVerfGE 9, 129 f; vgl. auch BVerfGE 1, 52; 17, 330, und bezüglich Ausnahmen BVerfGE 6, 91; 10, 371; 12, 349; 18, 372 f; OVG Münster OVG 14, 26. Siehe außerdem Hesse, a.a.O., S. 197 f.

2) Köttgen, Subventionen, S. 487; Stern, a.a.O., S. 559; Ipsen, Subventionierung, S. 78; Henze, a.a.O., S. 59 u. 110 f; Wolff, Verw. Recht III, S. 222; Furtwängler, a.a.O., S. 116 f.

3) Zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers: BVerfGE 17, 388 f; Schaumann, Gleichheit, S. 726.

4) Stern, a.a.O., S. 519, weist eindringlich auf die damit verbundenen Gefahren hin. Furtwängler, a.a.O., S. 127, bewertet die "freundschaftliche Gesinnung des Vergabebeamten" entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht unbedingt negativ.

5) Hamann, Subventionsrecht, S. 489; derselbe, Subventionsschäden, S. 506; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 272.

schützen; dieser begibt sich des Vorzugs staatlicher Hilfe wegen teilweise dieses Rechtes, da von ihm subventionsgerechtes Verhalten erwartet wird¹⁾.

Entgegen der Meinung von Hamann²⁾ kann Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nicht als tragender Grundpfeiler der Wirtschaftslenkung angesehen werden. Die Rechtfertigung der hoheitlichen Intervention wird vielmehr - wie bereits aufgezeigt - der Sozialstaatsklausel entnommen, während die grundgesetzlichen Normen Gesetzgebung und Verwaltung binden. Die in Art. 12 Abs. 1 GG gesicherte Berufsfreiheit verankert Abwehrrechte dessen, der in Ausübung dieses Grundrechtes durch hoheitliche Akte beeinträchtigt wird. Als Basis der Wirtschaftslenkung hingegen ist die Bestimmung nicht zu klassifizieren³⁾.

d) Art. 14 GG

Wirtschaftssubventionen vermögen die Sphäre der nichtsubventionierten Konkurrenz dann zu berühren, wenn durch Förderungsmaßnahmen deren wettbewerbliche Ausgangslage verschlechtert wird. Die Minderung der Unternehmenschancen im freien Wettbewerb, verursacht durch die ungleiche Ausgangsposition, könnte Ansprüche aus Enteignung, bzw. enteignungsgleichem Eingriff hervorrufen⁴⁾.

Strittig ist, ob an der Voraussetzung des gezielten, unmittelbaren Eingriffs festgehalten wird⁵⁾, der bei der Gewährung von Subventionen nur bedingt und in Ausnahmefällen vorliegt. Schließt man sich angesichts der neueren Entwicklung des Enteignungsrechts dieser limitierenden Vorbedingung nicht an, so bedarf es für die Annahme einer Verletzung des Art. 14 GG dennoch strenger Maßstäbe.

1) S. 2. Kap. I 1 und a aa sowie Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 391 f.

2) Hamann, Rechtsstaat, S. 29.

3) v. Mangoldt-Klein, GG I, Art. 12, VI 2 b.

4) Vgl. Hamann, Subventionsrecht, S. 489, Subventionsschäden, S. 506, und Rechtsstaat, S. 90-92; Friauf, Subventionswesen, S. 732; Bellstedt, Subventionen, S. 167 f; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 270 ff; Ipsen, Subventionen, S. 302, und Gleichheit, S. 195 f, arbeitet mit dem Begriff der "Lastengleichheit", wonach über den Gleichheitssatz Entschädigungs- und Vergütungsansprüche dann entstehen können, wenn "intervenierende Lenkungsmaßnahmen ... Ungleichheiten in der Lastverteilung" hervorrufen.

5) Bejahend Friauf, a.a.O., S. 732, und Bellstedt, a.a.O., S. 167 f. Verneinend BGHZ 3, 270 ff, 279 f; 8, 142 ff, 144; 23, 157 ff, 162 f; bezüglich der "Betriebsbezogenheit" siehe BGH NJW 59, 479; allg. BGHZ 6, 270 ff, 276.

Die staatliche Intention, begründet durch das Sozialstaatsprinzip und ausgerichtet auf subventive Zweckverwirklichung, wird nur ausnahmsweise Ansprüche gemäß Art. 14 Abs. 3 GG rechtfertigen. Dies nämlich dann, wenn durch unvorhergesehene oder unvorhersehbare Folgewirkungen Beeinträchtigungen Dritter auftreten. Andererseits mag die Prüfung des enteignungsgleichen Eingriffs notwendig werden, wenn die bereitgestellten Mittel für den gesamten Empfängerkreis nicht ausreichen. Diese Konstellation erfordert entweder eine Ausdehnung der Maßnahme oder eine nochmalige Begrenzung der Subventionen nach besonderen Auswahlkriterien¹⁾. Hiervon wird jedoch nicht die Tatsache betroffen, daß die wettbewerbsfähige, nicht der Unterstützung integrierte Konkurrenz mangels der erforderlichen Voraussetzungen unberücksichtigt bleibt.

Für den Subventionsempfänger hingegen kann der Eigentumsschutz Aktualität gewinnen, wenn mit Hilfe der Wirtschaftssubventionen und im berechtigten Vertrauen auf ihre weitere Gewährung in Verbindung mit eigenverantwortlicher Leistung Dispositionen getroffen wurden, die dem staatlichen Anliegen entsprechen²⁾. Wesentlich wäre nach dieser Auffassung das als Gegenleistung des Privatunternehmens zu begreifende und mit Investitionen verbundene Engagement, welches ohne den Subventionsanreiz unterblieben wäre³⁾. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Enteignungsregelungen bedürfen entsprechender Gesetze, die in Subventionsnormen nicht enthalten sind, mithin zunächst geschaffen werden müßten⁴⁾. Im Übrigen erlauben die jeder Subvention innewohnenden Zielvorstellungen nur den Abbruch aus zwingenden Gründen⁵⁾.

- 1) Götz, a.a.O., S. 36, 39 f, und zu den enteignungsrechtlichen Fragen ausführlich S. 272-278.
- 2) Friauf, a.a.O., S. 738; Kimminich, Bonner Kommentar, Art. 14, RdNr. 17; Wolff, Verw.Recht I, S. 378; BVerfGE 14, 288 ff, 293 f; 18, 392 ff, 397.
- 3) In diesem Sinne BVerfGE a.a.O.; Zacher, Subventionen, S. 367; Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 150; Kimminich, a.a.O., Art. 14, RdNr. 14-19; Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 232; aus anderer Sicht Ipsen, Investitionshilfe, S. 329; Erning, DVBl. 60, 467 ff, 469; Krüger, Auflage, S. 452, untersucht den Enteignungscharakter von Auflagen. Gegen diese Auffassungen ohne Begründung Wolff, Verw.Recht III, S. 221; vgl. aber BVerfGE 13, 225 ff, 229.
- 4) Bellstedt, a.a.O., S. 167 f; Hamann, Subventionsschäden, S. 507, hält eine direkte Anwendung des Art. 14 GG für gegeben und weist folgerichtig darauf hin, daß die betreffenden Subventionsgesetze der Junction-Klausel genügen müßten, was nicht der Fall und als wesentlicher Mangel zu charakterisieren sei.
- 5) z.B. Wirtschafts- und Finanzkrisen sowie Falschangaben des Subventionsempfängers.

Der Empfang von Wirtschaftssubventionen jedenfalls darf nicht für alle Zukunft als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt werden, gilt nicht als "rechtlich gesicherte Habe"¹⁾. Allein das Vertrauen der Begünstigten erheischt keinen Eigentumschutz. Zudem würden Sinn und Zweck der Subventionierung verkannt, wenn im Falle ihrer Einstellung aus enteignungsrechtlichen Ansprüchen über Art. 14 Abs. 3 GG der Staat zur Entrichtung von Entschädigungszahlungen verpflichtet wäre. Eine derartige Verpflichtung des Staates zur Weiterzahlung bedeutete die Umgehung der Einstellungsanordnung und die erzwungene Durchführung der Subventionierung unter neuen Vorzeichen. Wollten in so gelagerten Fällen auch noch Zahlungen über Enteignungsgesetze eingreifen, so sähe sich der Staat neben den für Subventionen verausgabten Milliardenbeträgen²⁾ einer Flut von Entschädigungsansprüchen ausgesetzt, die im Grunde nichts anderes als die Fortführung der eben erst entzogenen Unterstützung zum Inhalt hätten.

1) Götzt, a.a.O., S. 279; Ipsen, Subventionen, S. 445.

2) Vgl. Finanzbericht 1967, S. 149 ff, 311 ff, 412 ff, 416 ff und 507 ff für die jährlich geleisteten Zahlungen des Bundes und der Länder für Wirtschaftssubventionen.

4. KAPITEL

Beurteilung der Rechtsformen der Wirtschaftssubventionen

Die dualistische Betrachtungsweise des Verwaltungsrechts mußte neben den bekannten Schwierigkeiten auf dem verfassungsrechtlichen Gebiet auch auf die Rechtsformen der Subventionen von Einfluß sein. Forsthoff bezeichnet diesen Zustand zutreffend als Inkongruenz des bestehenden Verwaltungssystems zu der modernen wohlfahrtsfördernden Verwaltung¹⁾. Die konstant bemängelte Formenunklarheit²⁾ spiegelt nicht nur ein akademisches Scheingefecht wider, sondern beweist konkret, wie sehr um positives Recht, das allein den grundgesetzlichen Anforderungen, Rechtssicherheit und Rechtsschutz gerecht zu werden vermag³⁾, gerungen wird.

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die Verwaltung in hoheitlichen oder privatrechtlichen Formen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen tätig wird; daß sie wahlweise nur eine der beiden Regelungsarten - möglicherweise durch die Aufgabenstellung differenziert - wahrnehmen darf, wird allgemein anerkannt⁴⁾. Das Wahlrecht des Gesetzgebers oder - falls hiervon kein Gebrauch gemacht wird - der Verwaltung⁵⁾ erlaubt die Benutzung einer der beiden Formentypen dann, wenn nicht von vorneherein feststeht, ob der Hoheitsträger obrigkeitlich oder privatrechtlich zu handeln verpflichtet ist⁶⁾.

-
- 1) Forsthoff, Rechtsfragen, S. 52 f.
 - 2) Zacher, Subventionen, S. 337; Neumann, Wirtschaftslenkende Verwaltung, S. 29 f; Zuleeg, Rechtsform, S. 4.
 - 3) Ipsen, Subventionierung, S. 43, und Subventionen, S. 285 ff; Menger, Verwaltungshandeln, S. 301 f; Stern, Rechtsfragen, S. 561; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 19; Flessa, Schuldverhältnisse, S. 121; Hamann, Rechtsstaat, S. 98; BVerwG NJW 62, 170 ff; BGHZ 20, 77 ff, insbes. 80.
 - 4) Forsthoff, a.a.O., S. 21 f; Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 56 f; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 353; BVerwGE 7, 180 ff, 182.
 - 5) Flessa, Schuldverhältnisse, S. 120, und DÖV 59, 106 (Entscheidungsbesprechung).
 - 6) Zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht siehe Zuleeg, a.a.O., S. 34-46, mit weit. Nachweisen; BVerwGE 7, 180 ff; BGHZ 20, 77 ff; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 349 f; siehe auch die Darstellung bei Gundlach, Subventionen, S. 12 ff; v. Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962, S. 37; Robert Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949, S. 35; Hans Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln, Zürich und Köln 1948, S. 293 ff, und die kritische Betrachtung bei Janknecht, Rechtsformen, S. 103 f.

Die vorangegangenen Kapitel haben verdeutlicht, daß staatliche Wirtschaftsförderungen Maßnahmen intervenierenden Charakters darstellen. Nicht die reine Leistung, sondern der mit ihr verbundene Zweck ist entscheidendes Kriterium einer jeden Subventionierung. Begünstigung und Belastung stehen in engem Zusammenhang. Deswegen muß dieser Betrachtungsweise konkludent die Feststellung folgen, daß die Verwaltung im Wirtschaftssubventionswesen nur hoheitlich auftreten darf, ihr das Handeln auf privatrechtlicher Ebene verboten ist. Maßgebend für die Diskussion um die geeignete Rechtsform der Subventionen sind also nicht etwa unzureichende Gestaltungsmöglichkeiten des öffentlichen Rechts, sondern - wegen der traditionellen verschiedenartigen Einstufung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung - die fehlende verfassungskonforme Auslegung des gesamten Subventionswesens.

Die bisherige Praxis folgt allerdings in den meisten Fällen nicht der hier vertretenen Auffassung. Somit empfiehlt sich zum besseren Verständnis die Beleuchtung der hauptsächlichen Varianten der Rechtsformen bei der Subventionsvergabe.

I. Die verschiedenen Theorien

1. Die privatrechtliche Rechtsform

Nach der privatrechtlichen Theorie haben Kredite, Bürgschaften und Realförderungen privatrechtlichen Charakter, während die Vermittlung verlorener Zuschüsse hiervon ausgeschlossen wird¹⁾. Diese Meinung geht davon aus, daß die Gewährung von Subventionen als Leistungsverwaltung zu klassifizieren sei, die Verwaltung also nach eigenem Gutdünken für eine der zur Verfügung stehenden Handlungsformen optieren kann, und daß außerdem ein Teil der in dieser Abhandlung als Subventionen verstandenen Förderungen nicht als solche²⁾ zu begreifen sind. Die Vorteile in der Anwendung

-
- 1) Ruffner, Öff. Verwaltung, S. 348-365; Zacher, Subventionen, S. 336-342; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 46 f; Bettermann, DVBl. 58, 868; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 21; Imboden, Vertrag, S. 84; Janknecht, Rechtsformen, S. 106-109; Zuleeg, NJW 62, 2231 ff, 2233 (Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?); Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 64; Flessa, Staatsbürgschaft, S. 539; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 57-61; Wolff, Verw. Recht I, S. 93 f; BGHZ 20, 77 ff.
- 2) Vgl. oben 1. Kap. I und Zuleeg, a.a.O., S. 2233; Götz, a.a.O., S. 41 f, 57 u. 303; Welter, BB 62, 493 ff, 494 (Subventionen als Rechtsbegriff); Zuleeg, Rechtsform, S. 16 f.

des Privatrechts auf Subventionsverhältnisse werden in dessen vielfältigen Gestaltungsformen erblickt, die der Verwaltung eine außerordentliche Flexibilität und einen großen Handlungsspielraum eröffnen. Man erhofft sich optimale Ergebnisse der Wirtschaftslenkung, indem starre Schemen des Verwaltungsrechts zugunsten des Privatrechts mit all seinen Instituten einschließlich dem der Vertragsfreiheit durchbrochen werden. Besonders Kredite, Bürgschaften und das öffentliche Auftragswesen¹⁾ werden vollends, zumindest jedoch in ihrer Abwicklung dem bürgerlichen Recht unterstellt, weil dessen Vertragsverhältnisse als wohl bekannt vorausgesetzt werden, und der Bürger sie akzeptiert, der Verwaltung alle Möglichkeiten eröffnet werden, weil sie doch lediglich durch Verwaltungsrichtlinien an den Gleichheitssatz gebunden sei, was im äußersten Falle einem Kontrahierungszwang gleichkommen könne²⁾; schließlich seien einseitige Entscheidungen nicht notwendig hoheitlich, denn immerhin könne Entscheidungen treffen, wer dazu Macht und Mittel besitze: dies sei aber auch in der Privatwirtschaft der Fall³⁾.

Der Nachteil der privatrechtlichen Betrachtungsweise liegt insbesondere in dem völligen Fehlen der Rechtssicherheit, da die Vergabebehörde gleichsam nach Belieben für die ihr genehmere Rechtsform optieren kann. Rechtsstaatliche Anforderungen werden hierdurch bewußt strapaziert und der Gefahr der Nichtbeachtung ausgesetzt. Zudem unternimmt diese Theorie den Versuch, für die Konstruktion der Rechtsform ausschließlich diesen Weg zu wählen, was aber schon mangels Gleichordnung zwischen Staat und Bürger im Subventionsrecht nicht möglich ist; vielmehr entscheidet der Staat über die einzelnen Subventionierungen und legt die Art der Vergabe fest⁴⁾. Mit der gerichtlichen Kontrolle sind Schwierigkeiten verbunden; sie müßte, da ein das Rechtsverhältnis begründender Verwaltungsakt nicht vorliegt, von den ordentlichen Gerichten vorgenommen werden. Eine Ermessenskontrolle mit lediglich

1) Götzt, a.a.O., S. 60; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 21; Flessa, Staatsbürgschaft, S. 539; Zuleeg, NJW 62, 2233.

2) Forsthoff, a.a.O., S. 21; Götzt, a.a.O., S. 60.

3) Götzt, a.a.O., S. 61.

4) Janknecht, a.a.O., S. 68; Zuleeg, Rechtsform, S. 57 f.

kassatorischer Entscheidung ist aber unserem Zivilprozeß im Gegensatz zum Verwaltungsprozeß fremd¹⁾. Außerdem werden dem Bürger mittels dieser Handhabung von vorneherein subjektive Rechte zugesprochen²⁾, verfassungsrechtliche Gewährleistungen hingegen vorenthalten.

2. Die gemischten Rechtsformen

Das Ziel der gemischten Rechtsformen³⁾, der Kombination von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsformen, ist zweifellos die Wahrung der Rechtssicherheit und die Ausdehnung des Rechtsschutzes gewesen. Man glaubte, bei einem Handeln des Staates in zivilrechtlichen Formen dem Bürger wenigstens den öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz angeeignet lassen zu müssen.

Die gemischten Rechtsformen weisen jedoch - obwohl durch sie Subventionsverhältnisse zunächst einmal faßbar gemacht worden sind - bedeutende Nachteile auf, die grundsätzlich vorweggenommen werden können. In der deutschen Rechtsordnung werden öffentliches und privates Recht gemeinhin strikt voneinander getrennt. Deswegen verstoßen die gemischten Rechtsformen gegen den Grundsatz der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses. Gemischte Rechtsverhältnisse können wohl aus einer gewissen Verlegenheit erwachsene Übergangslösungen sein, dürfen sich aber nicht für alle Zeiten manifestieren⁴⁾.

Der BGH⁵⁾ hat ausgeführt, daß die "dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörenden Zwecke" noch nicht ausschließen, "daß man sich zu ihrer Erreichung bürgerlich-rechtlicher Rechtsgeschäfte bedient". In den Entscheidungsgründen wird klar zum Ausdruck gebracht, daß der BGH damit die gemischten Rechtsformen anspricht und gutheißt. Diese und andere Entscheidungen⁶⁾ sind in Wirklichkeit aber nur ergangen, weil sich die Gerichte einfach nicht

1) Zutreffend Rüfner, Öff. Verwaltung, S. 365.

2) Derselbe, a.a.O., S. 366; Menger, Verwaltungshandeln, S. 301 f.

3) Sie sind ein Ergebnis des chronischen Formenmangels im Verwaltungsrecht.

4) Flessa, Schuldverhältnisse, S. 81; Zuleeg, Rechtsform, S. 48 f; ähnlich bezüglich des Rechtsstatus der Subventionen Ipsen, Subventionen, S. 265.

5) BGHZ 20, 77 ff.

6) Urteil des I. Zivilsenats v. 9.5.1952 - I ZR 75/51 und v. 28.10.1955 - I ZR 224/53; vgl. auch Ipsen, Konstruktionsfragen, S. 600.

schlüssig waren, wie sie die neuen und ungewohnten Subventionsverhältnisse beurteilen sollten. Sonst hätte es in der angeführten Entscheidung heißen müssen, daß die Verwaltung sich sogleich auf die Ebene des Privatrechts begeben könne; dies aber selbstverständlich nur, um im fiskalischen Bereich tätig zu werden, nicht jedoch, um intervenierenden Maßnahmen den Weg zu bereiten, indem einerseits ein Verwaltungsakt vorgeschoben, im übrigen aber privatrechtlich verfahren wird.

Als weiterer Nachteil der gemischten Rechtsformen ist die wegen der Verschränkung von öffentlichem und privatem Recht ursächliche Kompliziertheit der Rechtsverhältnisse zu nennen. Es ist oft schwer, auseinanderzuhalten, welcher Teil des Rechtsverhältnisses dem öffentlichen und welcher dem privaten Recht angehören soll.

Die unterschiedliche Bewegungsfreiheit des Verwaltungsträgers entkräftet eines der Hauptanliegen der gemischten Konstruktionen, nämlich Rechtssicherheit und Rechtsschutz. Weiterhin sind Willensmängel der Behörde bei einem Verwaltungsakt unbeachtlich, es sei denn, es kämen weitere inhaltliche Mängel hinzu. Streitigkeiten müssen demnach nicht zwangsläufig vor die Zivilgerichte kommen; öffentlich-rechtlich liegt aber gar keine Beschwerde vor¹⁾.

a) Die Zweistufentheorie

Die maßgebende Konstruktion der gemischten Rechtsformen ist die Zweistufentheorie, deren Hauptvertreter Ipsen²⁾ ist, und dessen Ansicht ein Großteil der Lehre³⁾ und Praxis gefolgt sind⁴⁾. Die Zweistufenlehre unterscheidet für alle Arten von Subventionen - außer den verlorenen Zuschüssen - nach öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Bestandteilen, dem hoheitlichen Entstehungsakt (mittels Verwaltungsaktes) und dem privatrechtlichen Erfüllungsgeschäft (einem bürgerlich-rechtlichen Schuldverhältnis).

1) Zuleeg, Rechtsform, S. 68.

2) Ipsen, Subventionierung und Subventionen, S. 298.

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 88 u. 113; Schüle, Intervention, S. 97 f; Dürig, GG, Art. 1, RdNr. 137; Siebert, Privatrecht, S. 236 f; Hamann, Kredite, S. 865 ff; Henze, Verw. rechtl. Probleme, S. 54 ff; Krüger, Auflage, S. 385; Obermayer, JZ 62, 376 ff; Eppe, Subventionen, S. 25 f, 149; u.a.

4) BVerwGE 1, 308 ff; 7, 180 ff; BVerwG DVB1. 59, 665; 62, 134; OVG Münster DVB1. 53, 578; 59, 665; VGH Stuttgart NJW 56, 75; BVerwG NJW 59, 1098 f; 62, 170 ff; 62, 1335 ff; OVG Saarland, DÖV 59, 708 ff; VGH Kassel, DVB1. 63, 443 ff.

Die "zwei Stufen" sind ineinander verschränkt, voneinander abhängig; durch den begründenden Verwaltungsakt wird nicht automatisch das bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnis ausgelöst; dazu ist vielmehr erst ein zivilrechtlicher Vertrag nötig. Mit dem Zustandekommen des schuldrechtlichen Vertrages wird nicht das öffentlich-rechtliche Verhältnis beendet, sondern es besteht weiterhin fort.

Zustimmung oder Ablehnung, die dem eigentlichen Subventionsverhältnis vorangehen, sind also Verwaltungsakte. Die Regelung der Dauerbeziehung gehört dem bürgerlichen Recht an. Durch die erste öffentlich-rechtliche Stufe soll ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet werden. Die zweite zivilrechtliche Stufe eröffnet der Verwaltung die Möglichkeit, sich der Institute des Zivilrechts zu bedienen. Diese Konstruktion stellt in einigen Fällen die gesetzliche Regelung dar¹⁾.

b) Die einstufige Konstruktion

Nach der einstufig - gemischten Konstruktion des BGH²⁾ wird durch einen Verwaltungsakt ein privatrechtliches Rechtsverhältnis begründet. Das privatrechtliche Rechtsverhältnis ist damit von der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes abhängig³⁾. Die sich aus diesem Verhältnis ergebenden Streitigkeiten sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die Bewilligung oder Ablehnung des Subventionsverhältnisses ist also ein Verwaltungsakt. Dieser hat privatrechts-gestaltende Wirkung. Hier ist ein besonderer zivilrechtlicher Vertragsabschluß nicht erforderlich, der Bewilligungsbescheid ersetzt die privatrechtliche Willenserklärung; mit der Annahme durch den Bürger kommt das bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnis zustande⁴⁾.

Der Vorteil der einstufig - gemischten Konstruktion gegenüber der Zweistufentheorie liegt in der einfacheren Gestaltung des Rechtsverhältnisses. Die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses

1) Gesetz über die Vergabe von Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen v. 27.9.1950, BGBl. I, S. 684, insbes. mit der dazu ergangenen 1. DVO v. 22.12.1950 und deren §§ 1 u. 2; siehe auch Götz, a.a.O., S. 62, mit Beispielen.

2) BGHZ 20, 77 ff.

3) Vgl. auch Janknecht, Rechtsformen, S. 48.

4) Zuleeg, Rechtsform, S. 9.

bleibt gewahrt, der Rechtsschutz, der verwaltungsgerichtlich durchgesetzt wird, wird nicht gefährdet¹⁾. Der Nachteil dieser Rechtsform zeigt sich in der Wirkung des privatrechts-gestaltenden Verwaltungsaktes. Der Staat tritt dem Bürger gegenüber als Hoheitsträger auf, müßte eigentlich aber fiskalisch tätig werden. Deswegen führt ein Verwaltungsakt mit unmittelbar vertragsbegründender Wirkung zu einer Aufspaltung in der Handlung des Hoheitsträgers: Der Staat wäre Hoheitsträger für die Entstehung des Verhältnisses und Privatrechtssubjekt für das sekundäre Schuldverhältnis. Außerdem kann der Verwaltungsakt seinem Wesen als Hoheitsakt nach nur ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Bürger entstehen lassen. Vertragsbegründende privatrechts-gestaltende Verwaltungsakte setzen ein Dreiecksverhältnis voraus; gerade das aber fehlt bei Subventionen, denn hier stehen sich nur Verwaltung und Privater gegenüber²⁾.

3. Die öffentlich-rechtliche Konstruktion

In Deutschland sind nur die als verlorene Zuschüsse vergebenen Subventionen nach einhelliger Meinung öffentlich-rechtlich zu beurteilen. Allerdings werden Stimmen laut, welche die öffentlich-rechtliche Rechtsform auch für andere Subventionsarten angewandt wissen möchten. Deren Hauptvertreter ist Zuleeg³⁾. Er nimmt derartige Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsaktes, öffentlich-rechtlicher Verträge und gemischter Rechtsverhältnisse (zusammengesetzt aus Verwaltungsakten und öffentlich-rechtlichen Verträgen) an. Im Interesse des Staates und des Bürgers soll eine Rechtsform für den Regelfall geschaffen werden, um für die typischen Subventionsfälle Gleichbehandlung zu gewährleisten.

Die öffentlich-rechtliche Lösung zeitigt den Vorzug praktikabler und klarer Ergebnisse. Sie läßt die Problematik der anderen, für die Vergabe von Subventionen vorgeschlagenen Rechtsformen entfallen und erlaubt die einheitliche Beurteilung der Beziehungen zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger⁴⁾. Außerdem wird diese

1) Janknecht, a.a.O., S. 49.

2) Zuleeg, a.a.O., S. 50.

3) Rechtsform, S. 10 ff, Zweistufige Rechtsverhältnisse bei der Vergabe öffentlicher Aufträge? in: NJW 62, 2231 ff.

4) Zuleeg, Rechtsform, S. 54 f; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, Anm. 46.

Konstruktion dem tatsächlichen Wesen der Wirtschaftssubventionierung, eben der Wirtschaftslenkung, gerecht. Diese Erkenntnis hat sich in der Schweiz bereits durchgesetzt, wo die Bundessubventionen mit Erfolg als Institut des öffentlichen Rechts gekennzeichnet werden und zeitlich befristet dem Gesetzesvorbehalt unterstellt sind¹⁾.

Das Verhältnis zwischen Bürger und Hoheitsträger bewegt sich in der Tat nicht in den Bahnen der Gleichordnung²⁾. Der Subventionen verteilende Staat bestimmt, unter welchen Vergabemodalitäten und an welche Kreise seine Leistungen gewährt werden. Der Bürger hat darauf - jedenfalls in der Phase der Beschlußfassung - keinen Einfluß (das gewiß beträchtliche Engagement der Wirtschaftsverbände kann bei dieser Betrachtung nicht generell als relevant bezeichnet werden; im Übrigen muß dem der Gesetzgeber entgegenwirken, denn durch eine bestimmte Rechtsform wird diese Gefahr nicht beseitigt), er ist in dieser Hinsicht in seiner Gestaltungs-freiheit sogar eingeschränkt.

Die hoheitliche Natur der Leistungsverwaltung schließt weiterhin den grundrechtsfreien Vollzug der Daseinsvorsorge und der Wirtschaftssubventionierung aus, verhilft dem Art. 3 GG zu seiner Geltung und verhindert die überflüssige Komplizierung, welche bei Anerkennung der gemischten Theorien in der Verschränkung von bürgerlichem und öffentlichem Recht ihren Ursprung hat³⁾. Dies beinhaltet in besonderem Maße Erleichterungen für den gesamten Komplex des Verfahrensrechts⁴⁾, welches nicht nur formell der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG entsprechen, sondern auch praxisnah gestaltet sein sollte.

a) Der Verwaltungsakt

Die öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisse auf Grund eines Verwaltungsaktes werden als vorherrschend angesehen⁵⁾. Diese Auffassung entspringt der gewohnheitsrechtlichen Übung, die durch die Zweistufentheorie begründet wurde. Der Verfassungslage und

1) Schindler, Bundessubventionen, S. 132 ff, und VVDStRL 25, 402 f (Aussprache); Imboden, Vertrag, S. 211 ff; Huber, VVDStRL 11, 113 ff, 124.

2) Hamann, Kredite, S. 865 f; Flehinghaus, Bundesfondsverwaltung, S. 54.

3) Zuleeg, a.a.O., S. 63 f; Flehinghaus, a.a.O., S. 56; Maunz, Staatliche Verwaltung, S. 3.

4) Zuleeg, a.a.O., S. 65-91.

5) Zuleeg, a.a.O., S. 11 f.

den subventiven Gegebenheiten wird sie nicht gerecht, weil rechtsstaatliche Anforderungen an die moderne Subventionsverwaltung, die zwangsläufig hoheitlich auftreten muß¹⁾, keine privatrechtliche Entfaltung erlauben. Von der öffentlich-rechtlichen Konstruktion sind alle bislang dem privaten Recht zugeordneten Wirtschaftssubventionen umfaßt. Verwaltungsakte aber ergehen nunmehr speziell und lediglich im Falle der Subventionierung mittels verlorener Zuschüsse, denn im übrigen wird die Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages gewählt²⁾. Insofern ist die Behauptung, daß bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen Verwaltungsakte in der Mehrzahl vertreten sind, einseitig und unzutreffend.

Die Auskehrung verlorener Zuschüsse erfolgt wohl einesteils gesondert, schließt jedoch die gleichzeitige Kombination gerade mit Krediten und Bürgschaften nicht aus. Beispielsweise sind bei der Zonenrandgebietsförderung verlorene Zuschüsse neben Krediten aus dem ERP-Sondervermögen und Investitionskrediten der Kreditanstalt für Wiederaufbau jeweils abhängig von der Größe des Investitionsvolumens möglich³⁾. Der Verwaltungsakt hat in Anbetracht der Wirtschaftssubventionen somit seine historisch bedingte Bedeutung eingebüßt, ohne als Gestaltungsmittel für die Förderungsverwaltung überflüssig geworden zu sein.

b) Der verwaltungsrechtliche Vertrag

aa) Abgrenzung

Die Merkmale des zivilrechtlichen Vertrages kennzeichnen auch den öffentlich-rechtlichen Vertrag⁴⁾. Beide Vertragsarten

- 1) Vgl. die Ausführungen im 3. Kapitel.
- 2) Für die anderen in dieser Arbeit aufgeführten Subventionsarten findet der verwaltungsrechtliche Vertrag Anwendung, s.u.b.
- 3) Vgl. Investitionszulagengesetz v. 18.8.1969, BGBl. I S. 1211, nebst Verordnung v. 4.9.1969, BGBl. I S. 1576; Richtlinien des Regionalen Förderungsprogramms des Bundes, jeweils veröffentlicht im Bundesanzeiger; Mittel des ERP-Sondervermögens; Richtlinien des Bundesschatzministers für das Kreditprogramm für die mittelständische gewerbliche Wirtschaft v. 1.2.1969 (Bundesanzeiger Nr. 54 v. 19.3.1969).
- 4) Vgl. Apelt, Vertrag, S. 253; Stern, Grundlegung einer Lehre, S. 121 f; Imboden, Vertrag, S. 38 ff; Beinhart, Öff.rechtl. Vertrag, S. 249 f.

begründen für die Beteiligten subjektive Rechte, aber auch Pflichten¹⁾. Ein Vertrag wird dann dem öffentlichen Recht zugeschrieben, wenn sein hoheitsbezogener Inhalt auf einen Rechtsatz gestützt wird, dessen Zuordnungsobjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist²⁾. Während öffentlich-rechtliche Verträge nur unter verschiedenen Hoheitsträgern abgeschlossen werden, kommen verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Hoheitsträgern und Privaten zustande³⁾. Für Wirtschaftssubventionierungen gelten mithin **verwaltungsrechtliche Verträge**.

An die Voraussetzungen der verwaltungsrechtlichen Verträge sind strenge Anforderungen zu stellen, da die Kombination des vertraglichen Zusammenwirkens von Hoheitsträger und Staatsbürger Risiken bei der Gleichwertigkeit der Parteien und dem rechtsstaatlichen Ordnungssystem hervorzurufen vermag⁴⁾. Gesetzliche Regelungen mit den entsprechenden Ermächtigungen an die zuständigen Behörden und unter Beachtung des Rechtsstaatsprinzips sind in jedem Falle erforderlich, wenn auch eine gewisse Dispositionsfreiheit den Vertragspartnern einen begrenzten Handlungsspielraum zur vertraglichen Ausgestaltung zubilligt⁵⁾. Die gut ausgebildeten Formen des Zivilrechts können in analoger Anwendung übernommen werden⁶⁾, um die öffentliche Verwaltung in die Lage zu versetzen, mittels

1) Apelt, a.a.O., S. 272; Imboden, a.a.O., S. 39.

2) Janknecht, Rechtsformen, S. 81; Zuleeg, Rechtsform, S. 60; a.M. Imboden, a.a.O., S. 43 f, wonach die Praxis auch öffentlich-rechtliche Verträge kennt, die Rechtsverhältnisse zwischen Einzel- und juristischen Personen des Privatrechts ordnen. Ebenso Mörtel, Vertrag und Legalitätsprinzip, S. 219 (Nr. 1).

3) Janknecht, a.a.O., S. 69 f.

4) Giacometti, Verwaltungsrecht, S. 442 ff; vgl. aber auch Imboden, a.a.O., S. 40-52, der keine so strengen Anforderungen stellt.

5) Giacometti, a.a.O., S. 448; Apelt, a.a.O., S. 254; Janknecht, a.a.O., S. 97; Mörtel, a.a.O., S. 219 (Nr. 2); Stern, a.a.O., S. 134-141; Imboden, a.a.O., S. 75 f; Vogel, Gesetzgeber, S. 154 f, u.v.a. - a.M. Mörtel, a.a.O., S. 217: "Auf dem Gebiet der Gleichordnung Verträge zwischen den Beteiligten mit öffentlich-rechtlicher Wirkung auch im gesetzess-freien Raum...".

6) Vgl. hierzu Stern, a.a.O., bezüglich des "apriorischen" Vertragsbegriffs.

flexibler Bestimmungen den eigentlichen Sinn der Kontrakte zu erfüllen.

Eine weitere Abgrenzung erfordert der verwaltungsrechtliche Vertrag gegenüber dem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt. Die Differenzierung von Vertrag und Verwaltungsakt erweist, daß einerseits Parteiabreden im Rahmen der gesetzlichen Regelung gültig sind, andererseits sich die Rechtsfolgen nur aus Rechtsvorschriften ergeben können. Im Grenzbereich mag der subordinationsrechtliche Vertrag starke Ähnlichkeit zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt aufweisen; der Verwaltungsakt läßt jedoch die vertragliche Bewegungsfreiheit nicht zu. Der Vertrag ist rechtsgeschäftlicher Natur, nach dem subjektiven Parteiwillen auszulegen und wird durch die Absichten und Willensübereinkunft der beteiligten Partner bestimmt¹⁾. Läßt die begründende Norm dispositiven Charakter erkennen, so muß den Beteiligten die Möglichkeit freier Willensentscheidung eingeräumt werden; beinhaltet sie zwingendes Recht, so kann daraus nur die hoheitliche Form, ein Verwaltungsakt, abgeleitet werden²⁾.

Öffentlich-rechtliche, bzw. verwaltungsrechtliche Verträge können im Wege der Über- und Unterordnung sowie der Gleichordnung (sub- und koordinationsrechtlich) abgeschlossen werden. Das Subordinationsrecht betrifft jene Rechtsordnung, die einem Hoheitsträger die Macht zu einseitiger Gestaltung einräumt, während das Koordinationsrecht einander gleichgeordnet gegenüberstehende Rechtsträger anspricht³⁾. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in Verbindung mit der modernen Leistungsverwaltung tendiert zu der Gleichordnung. Der koordinationsrechtliche verwaltungsrechtliche Vertrag gehört dann dem öffentlichen Recht an, wenn mit seiner Regelung Aufgaben des Gemeinwohles und des öffentlichen Interesses wahrgenommen werden, die ihrem Wesen nach nicht Gegenstand der Privatrechtsordnung, sondern in öffentlich-rechtlichen Vorschriften normiert worden sind, und er unmittelbar öffentlich-rechtliche Wirkungen ausstrahlt⁴⁾.

1) Rübner, Öff. Verwaltung, S. 333-338; Imboden, a.a.O., S. 38, 121-123; siehe aber auch Beinhardt, a.a.O., S. 249 f, und Ipsen, Subventionierung, S. 70, wonach die "mitbestimmende inhaltliche Ausgestaltung" wesentlich sei. Vgl. außerdem Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, Anm. 46 u. 47.

2) Apelt, a.a.O., S. 271.

3) Stern, a.a.O., S. 143; Beinhardt, a.a.O., S. 213.

4) Stern, a.a.O., S. 155, und Rechtsfragen, S. 561.

bb) Anwendung im Wirtschaftssubventionsrecht

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist dem Subventionsrecht nicht fremd, und die überwiegende Auffassung bekennt sich zu seiner Zulässigkeit auf diesem Gebiet¹⁾.

Der verwaltungsrechtliche Vertrag stellt für einen Teil der Subventionsverhältnisse eine ideale Lösungsmöglichkeit dar, um die herrschende Verwirrung, die durch die Zweistufentheorie entstanden ist, zu klären und zu beseitigen. Die für die Subventionsverwaltung wichtige wirtschaftliche Zusammenarbeit mit dem Subventionierten findet in dem Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrages eine wirksame Ergänzung, die ihr weder der einseitige Hoheitsakt allein noch die Vertragsformen des bürgerlichen Rechts in Verbindung mit einem Verwaltungsakt bieten können. Die individuelle Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Bürger wird auf diese Weise gewährleistet, ohne das öffentliche Interesse zu vernachlässigen, dem jede Subventionsbehörde Rechnung tragen muß.

Von entscheidender Bedeutung ist das vertraglich gesicherte tatsächliche Interesse des Begünstigten an den Subventionierungsmaßnahmen. Durch die bestehende Bindung werden die aus dem Vertragsverhältnis resultierenden Pflichten willentlich zwecks Gewährung der staatlichen Leistung übernommen. Die Verwendung der Wirtschaftssubventionen kann durch Vorabverhandlungen optimal abgestimmt werden.

Dem beiderseitigen Parteiwillen steht nicht entgegen, daß einer der beiden Partner tonangebend mitwirkt, vielleicht sogar die ausschlaggebenden Regeln aufstellt. Diese Form der Einflußnahme ist auch dem Privatrecht nicht fremd; sie muß noch nicht einmal darauf beruhen, daß ein Teil die alleinige Macht besitzt und sie auch ausüben will, der andere sich seiner Rechte begibt. Es kommt lediglich darauf an, daß die gesetzlich verbürgte Möglichkeit der Einflußnahme für beide Partner besteht oder bestanden hat.

1) Wolff, Verw.Recht III, S. 222; Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 44; Beinhardt, Öff. rechtlicher Vertrag, S. 237; kritisch Rübner, VVDStRL, 25, 437 f, und Öff. Verwaltung, S. 334-338; Ipsen, Subventionen, S. 299; a.M.Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 99.

Mithin ist festzuhalten, daß als Grundlage für Subventionen nur der Verwaltungsakt und der verwaltungsrechtliche Vertrag (öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise) in Betracht kommen.

II. Die Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen

Konstruktion für Wirtschaftssubventionen:

Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag

1. Die Möglichkeit des Nebeneinanders

Beide dem öffentlichen Recht entstammend, können Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag nebeneinander bestehen.

Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird da angewandt, wo es gilt, die Vergaberegulation der staatlichen Leistungen auszuhandeln. Der Verwaltungsakt wird erlassen, wo eine detaillierte gesetzliche Regelung bereits besteht.

Außerdem können Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag auch notfalls, wo das für erforderlich gehalten wird, miteinander verbunden werden¹⁾. Sie sind dann als Gestaltungsformen für Subventionsverhältnisse, speziell in dem Bereich der Wirtschaftssubventionierung, ideale Lösungen, die den Fällen, denen keine detaillierten Vergabemodalitäten in Subventionsgesetzen zugrunde liegen, am ehesten gerecht werden.

2. Aufgliederung nach Subventionsarten und ihre Zuteilung zu den beiden Rechtsformen

Für Subventionen, die gesetzlich bis in alle Einzelheiten geregelt sind und schon deswegen für eine vertragliche Gestaltung des Subventionsverhältnisses ausscheiden müssen, sowie für Subventionen, die in der Form des verlorenen Zuschusses zur Verteilung gelangen, kommt die rein öffentlich-rechtliche Konstruktion, die Vergabe durch Verwaltungsakt zur Anwendung. Sie kann, um die wirkliche Erreichung des Subventionszweckes zu gewährleisten, mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden²⁾.

1) Zuleeg, Rechtsform, S. 62, äußert sich hierzu kritisch; zustimmend Maunz, Staatliche Verwaltung, S. 3.

2) Vgl. Janknecht, Rechtsformen, S. 21, und oben 1. Kapitel I (Arten der Subventionen).

Für die übrigen Subventionsarten, die Kredite und Darlehen, Bürgschaften und Gewährleistungen sowie Realförderungen, bietet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag als Gestaltungsform an¹⁾. Bei Krediten und Bürgschaften deuten die zwischen Staat und Bürger zu lösenden Einzelfragen, wie Dauer der Subventionierung, Zahlungsmodalitäten, Zinspflicht und -höhe und ähnliches, auf die verwaltungsrechtliche Vertragsform hin²⁾. Sie wird den an sie gestellten Anforderungen ebenso gerecht wie die Sekundärbeziehung der Zweistufenlehre.

Besonders problematisch ist die Stellung des zwischengeschalteten Instituts bei der Kreditvergabe. Nach der einen Auffassung wird es privatrechtlich, nach der anderen als beliehener Unternehmer öffentlich-rechtlich tätig³⁾. Die erste Meinung geht von dem Standpunkt aus, daß das Verhältnis zwischen der Bank und dem Privaten ein solches des Privatrechts sei, da es sich um eine normale Kreditaufnahme handle, sich der Staat sozusagen auf die Ebene des Privatrechts begeben. Danach könne das zwischengeschaltete Kreditinstitut nicht beliehener Unternehmer sein, weil es an der gesetzlichen Grundlage fehle⁴⁾, und diese Institute nicht selbst wirtschaftslenkende Maßnahmen vornehmen, damit also keine Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung erfüllten. In anders gelagerten Fällen werden allerdings Ausnahmen zugestanden.

Die öffentlich-rechtliche Meinung paßt zu der hier vertretenen Auffassung. Der Staat kann danach nicht wie ein Privater nach seinem Gutdünken Leistungen gewähren oder verweigern. Er ist auf Grund der gesetzlichen Regelung gehalten, bei Erfüllung bestimmter Ausschreibungsmodalitäten durch den um Kredit anhaltenden Privaten seine Leistung zu erbringen. Würde er dieser Verpflichtung nicht nachkommen, so verstieße er gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die Frage der Leistungsgewährung ist demgemäß nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden⁵⁾. Außerdem braucht man nicht die Formentypik des Privatrechts zu bemühen,

1) Janknecht, a.a.O., S. 100.

2) Stern, Rechtsfragen, S. 562; Rübner, Öff. Verwaltung, S. 330 f, mit Bedenken.

3) Vgl. z.B. Henze, Verw.rechtl. Probleme, S. 92, 96; Hamann, Kredite, S. 866; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40 Anm. 46 f; Rübner, a.a.O., zeigt mehrere Möglichkeiten unterschiedlicher Behandlung auf, S. 410.

4) Henze, a.a.O., S. 92.

5) So auch Hamann, Kredite, S. 866.

um eine Konstruktionsmöglichkeit für die staatliche Kreditvergabe zu finden. Das öffentliche Recht selbst weist ausreichende Wege, die zu diesem Zweck begangen werden können.

Die zwischengeschaltete Bank tritt also, wenn sie nicht lediglich auf Weisung des Staates die Gelder verteilt, dem Privaten gegenüber als beliehener Unternehmer auf. In diese Stellung wird sie auf Grund hoheitlichen Aktes versetzt; das Verhältnis der Bank zum Kreditnehmer ist dadurch gleichzeitig hoheitlicher Art¹⁾.

Die Bank wird gemäß ihrer Natur zu einem gewissen Teil immer erwerbswirtschaftlich tätig²⁾. Deswegen ist man versucht, neben dem öffentlich-rechtlichen ein privatrechtliches Verhältnis zu konstruieren. Diese Schwierigkeiten können mittels des verwaltungsrechtlichen Vertrages umgangen werden. Das privatrechtliche Verhältnis wird nämlich vor allem herangezogen, um eine vertragliche Regelung eingreifen zu lassen. Dies ist aber durch Anwendung des verwaltungsrechtlichen Vertrages auch möglich, bei dem die Subventionsentscheidung auf Grund Gesetzes erfolgt, während sich die Vergabe nach Absprache der Beteiligten regelt³⁾.

Nach der hier vertretenen Ansicht haben Realförderungen Subventionscharakter, da auch hier die Verwaltung hoheitlich tätig wird und nicht berechtigt ist, sich auf den Boden des Privatrechts zu begeben, außerdem die Grundrechtsbindung besteht⁴⁾, und der private Unternehmer, der die Verwaltung zu seinem Kundenkreis zählen darf, sehr wohl begünstigt wird⁵⁾. Die Realförderung wird grundsätzlich über einen koordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Vertrag zustande kommen⁶⁾.

-
- 1) Ausführlich hierzu Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40, Anm. 46 f.
 - 2) Dies schon deswegen, weil üblicherweise die Hausbank der subventionierten Unternehmen die Subventionsvermittlung ausübt und mit der Kontrolle über die ordnungsgemäße Verwendung der Gelder betraut wird (vgl. oben 1. Kapitel I 2 b).
 - 3) Ähnlich Janknecht, Rechtsformen, S. 103.
 - 4) Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 105-115, und oben 2. Kapitel I 4.
 - 5) im einzelnen oben 2. Kapitel I 4.
 - 6) Beinhardt, Öff. rechtl. Vertrag, S. 237.

5. KAPITEL

Rechtsschutzfragen

Die Feststellung, daß gegenüber der Leistungsverwaltung im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung ein weniger großes Rechtsschutzbedürfnis bestehe¹⁾, mag wohl für einige Gebiete der staatlichen Leistungsverwaltung gelten; für den Bereich der Wirtschaftssubventionen jedenfalls kann ein derartiges Urteil nicht gefällt werden. Als legitime Interventionsmittel des sozialen Rechtsstaates haben Subventionen nicht nur die Förderung privater Unternehmen zum Inhalt; ihre konkrete Zwecksetzung zeichnet sich vielmehr durch Wirtschaftslenkungsmaßnahmen aus, die im Interesse des gemeinen Wohls vorgenommen werden und die Rechte aller Beteiligten in unterschiedlichster und mannigfaltiger Weise berühren.

Die als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips zu verstehende allgemeine Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet dem Bürger in jedem Falle Rechtsschutz gegen staatliche Eingriffe im Rahmen der Subventionsverhältnisse. Dies bedeutet zum einen die Abwehr gegen allzu starke Einflußnahme des Staates auf sein unternehmerisches Verhalten²⁾, zum anderen die Zubilligung staatlicher Förderungsmaßnahmen dann, wenn er trotz Rechtsanspruchs auf die Wirtschaftssubventionen von der Vergabebehörde nicht berücksichtigt wurde³⁾.

In der Vergangenheit mußten gerade diese Fälle zu Schwierigkeiten Anlaß geben, da die Subventionsregelung in der überwiegenden Zahl der Fälle zum Aufgabenbereich der Exekutive gezählt wurde, die dann im Rahmen ihres Ermessens über die Empfänger der staatlichen Leistungen bestimmen konnte. Ermessensmißbräuche jedoch sind nur schwer nachweisbar. Hinzu trat die Überlegung, daß der betroffene Einzelne einen Rechtsstreit auf Leistung der Subventionierung gegen die Verwaltung scheuen werde, zumal der Behörde durch den ihr zustehenden Ermessensspielraum vielerlei Argumente, die für eine Ablehnung der Förderung sprechen könnten, zur Verfügung

1) So Krüger, Auflage, S. 381.

2) Henze, Verw. rechtl. Probleme, S. 54 ff; Zuleeg, Rechtsform, S. 5 f.

3) Zur Frage der Beweislast vgl. Schneider, pro libertate, S. 258 ff.

stünden, sie es aber außerdem in der Hand habe, den Klageführer als möglichen künftigen Subventionsinteressenten von der Vergabe auszuschließen¹⁾.

Dieser Art der Verwaltungsverordnungen und -richtlinien, die nicht nur entgegen Art. 80 GG Außenwirkung entfalten, sondern in ihren entscheidenden Passagen auch entgegen der grundgesetzlichen Regelung jeden Rechtsanspruch auf Gewährung der Subventionen ausschließen, muß unter der Geltung des an rechtsstaatlichen Prinzipien ausgerichteten Grundgesetzes endgültig Abhilfe geschaffen werden. Dasaber ist - wie in den Ausführungen des 3. Kapitels eingehend dargelegt - nur mittels förmlicher Gesetze oder gesetzlicher Ermächtigungen im Sinne des Art. 80 GG zu erreichen. Die gesetzlichen Grundlagen sollten einerseits Regeln allgemeiner Art aufstellen, die Aussagen über die Subventionsmaßnahme als solche und ihren Empfängerkreis beinhalten, andererseits verfahrensrechtliche und organisatorische Schemata festlegen, die Aussagen über Antrag, Bewilligung, Widerruf, Rückforderung und Ablauf der Subventionierung sowie den Rechtsweg für den Fall von Streitigkeiten treffen. Allein diese dem Gesetzmäßigkeitsprinzip gerecht werdende Lösung vermag zukünftig Rechtssicherheit und Rechtsschutz zu gewährleisten und die immer wiederkehrenden Ungerechtigkeiten und Nachteile zu vermeiden.

Neben diesen grundsätzlichen Erörterungen soll mit wenigen Sätzen erwähnt werden, welches Gericht im Falle eines Rechtsstreites anzurufen ist: Eine Abhandlung, die deswegen in begrenztem Rahmen vorgetragen werden kann, weil sich die vorliegende Arbeit zu der rein öffentlich-rechtlichen Konstruktion unter Zuhilfenahme des verwaltungsrechtlichen Vertrages bekennt. Dadurch entfällt die Problematik, die sich bei Anwendung der privatrechtlichen und gemischten Rechtsformen ergibt.

Von den auf Subventionen angewandten gemischten Rechtsformen wurde vor allem die Zweistufentheorie aus Gründen des Rechtsschutzes sehr stark vertreten²⁾. Um dem Bürger einen ausreichenden

1) Vgl. Stern, Rechtsfragen, S. 518 f; Henze, a.a.O., S. 54 ff.

2) Auch heute noch finden sich Befürworter, vgl. Ipsen, Subventionen, S. 265 f; siehe auch Götz, Wirtschaftssubventionen, S. 62 f, aus anderen Gründen.

den Rechtsschutz garantieren zu können, stellte man ihm bei der ersten, der "Bewilligungs"-Stufe den verwaltungsgerichtlichen, bei der zweiten Stufe, dem Erfüllungsgeschäft, den ordentlichen Rechtsweg zur Verfügung. Selbstverständlich war diese Verschränkung geeignet, Verwirrung zu stiften, denn es kam immer wieder die Frage auf, welcher Teil des zweistufigen Rechtsverhältnisses von der erhobenen oder zu erhebenden Klage betroffen war. Einfacher gestaltete sich in dieser Beziehung der Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnissen; hier tendierte man üblicherweise zu dem ordentlichen Rechtsweg¹⁾.

Diese Problematik tritt jedoch bei der vorliegenden Betrachtungsweise nicht auf; auch dieser Vorteil ist es wert, sich zu der öffentlich-rechtlichen Konstruktion in Verbindung mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zu bekennen, denn Prozesse und Streitigkeiten, die sich wegen ohnehin kostspieliger Subventionsverhältnisse ergeben, sollten einfach zu beurteilen und dementsprechend kostengünstig sein. Außerdem wird den von den Anhängern der Zweistufenlehre vorgetragenen Argumenten zu viel Bedeutung beigemessen: Sowohl Verwaltungs- als auch Zivilgerichte sind in der Lage, sich mit den unterschiedlichen Materien, wenn sie darüber zu entscheiden haben, auseinanderzusetzen und zu brauchbaren Ergebnissen zu gelangen²⁾.

Aus Subventionen entstehende Rechtsbeziehungen sind öffentlich-rechtlicher Art und aus diesem Grunde im Falle von Streitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten zu entscheiden. Dem Bürger stehen je nach Klagebegehren die verwaltungsgerichtliche Leistungsklage, die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zur Verfügung³⁾; ebenso kann unter Umständen das Mittel der Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen die hoheitliche Verwaltung geltend gemacht

-
- 1) BGHZ 14, 222 ff, 226, BVerwG NJW 58, 394 ff, Stern, NJW 58, 683, Bettermann, DVBl. 58, 867 f, Flessa, NJW 58, 1276, und Bender, JuS 62, 178 ff (letztere in Entscheidungsbesprechungen), zeigen dennoch die ganze Problematik auf, die in Rechtsschutzfragen diesem Komplex anhaftet. Siehe auch BVerwG NJW 62, 1535 ff; Furtwängler, Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers, S. 158 ff, 162 f, mit Nachweisen; Janknecht, Rechtsformen, S. 23-26.
 - 2) Ebenso Obermayer, JZ 62, 376 ff, 379; Zacher, Subventionen, S. 353; Götz, a.a.O., S. 62.
 - 3) Götz, a.a.O., S. 42 f; BVerwG NJW 59, 1098 f; OVG Saarland DÖV 59, 708 ff, 709 f.

werden¹⁾. Neben der rein öffentlich-rechtlichen Konstruktion steht auch für die Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg offen²⁾. Diese Lösung hat daneben noch den bereits erwähnten Vorteil der Einheitlichkeit des Rechtsweges. Streitigkeiten aus Subventionierungen werden auf diese Weise einfacher und unter Beachtung einheitlicher rechtlicher Aspekte gelöst, anders, als dies im Falle einer Zweigleisigkeit des Rechtsweges der Fall wäre.

-
- 1) Ebenso Rupp, DVBl. 58, 113 ff, 120 (Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt).
2) Imboden, Vertrag, S. 214; Bellstedt, Subventionen, S. 169; Janknecht, a.a.O., S. 95; Stern, Grundlegung einer Lehre, S. 152; Beinhardt, Öff. rechtl. Vertrag, S. 260.

Zusammenfassung

I. 1. Als unterschiedliche Arten von Wirtschaftssubventionen kommen verlorene Zuschüsse, unmittelbare und mittelbare Kredite, Bürgschaften und Gewährleistungen sowie Realförderungen und öffentliche Aufträge in Betracht. Das mit der Gewährung der Subventionen angestrebte Ziel kann mittels Auflagen, die der Zweckverwirklichung dienen, oftmals einfacher erreicht werden, denn Auflagen erlauben der subventionierenden Verwaltung eine Vielzahl von Einwirkungsmöglichkeiten. Die Auflage wird für den Subventionsempfänger verbindlich, wenn er die staatliche Leistung in Anspruch nimmt.

a) Verlorene Zuschüsse sind meist in Geld gewährte, aber auch geldeswerte Zuwendungen ohne Rückzahlungsverpflichtung. Nachdem der Staat kein Recht zu Geschenken hat, werden auch verlorene Zuschüsse nur zur Erreichung eines im besonderen öffentlichen Interesse liegenden Zieles vergeben.

b) Staatliche Kredite müssen den Wirtschaftssubventionen zugeordnet werden, weil mit der Kreditvergabe keine staatskapitalistische Betätigung stattfindet, sondern private Unternehmer auf Grund öffentlicher Zwecksetzung gefördert werden. Der besondere Anreiz staatlicher Kredite liegt in deren vorteilhafter Ausgestaltung der Konditionen. Unmittelbare Kredite fließen dem Empfänger direkt zu; mittelbare Kredite werden durch sogenannte Kreditmittler vergeben. Dabei handelt es sich meist um zwischen-geschaltete Kreditinstitute oder Banken, die als mittelbare oder unmittelbare Stellvertreter des Staates bezeichnet werden.

c) Staatliche Bürgschaften, Gewährleistungen oder Garantien sind als Wirtschaftssubventionen zu kennzeichnen, weil es sich auch hier um Maßnahmen der Wirtschaftslenkung handelt; der Staat erwartet im Falle seiner Hilfe vom Unternehmer ein im öffentlichen Interesse liegendes Verhalten.

d) Realförderungen und öffentliche Aufträge dienen der Deckung des Sachbedarfs der Verwaltung. Obschon mit einer tatsächlichen und ökonomischen Gegenleistung des Empfängers ver-

bunden, wird einerseits auch hier der begünstigende Charakter für den Auftragnehmer durch die Ausweitung des Geschäftsvolumens sichtbar; andererseits mag als Lenkungsabsicht die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit und (oder) der Preisdisziplin gelten.

2. Nach der Art der Gewährung kann in direkte oder indirekte Subventionen unterteilt werden.

a) Direkte Subventionen sind Zuwendungen seitens des Staates an Private, die vermögenswerte Leistungen darstellen.

b) Indirekte Subventionen werden vor allem als sogenannte unsichtbare Begünstigungen im Rahmen des Steuerrechts gewährt. Sie lassen keine wirklichen Subventionsverhältnisse in dem hier behandelten verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Sinn entstehen, sondern sind meist Bestandteile von Steuerrechtsverhältnissen.

3. Nach dem Förderungszweck erfolgt die Einteilung in:

a) Wettbewerbsneutrale Schadenssubventionen als staatliche Hilfe in Not- und Katastrophenfällen.

b) Förderungssubventionen für den Aufbau, Ausbau und die rentable Produktion von Gütern, deren Herstellung im öffentlichen Interesse liegt.

c) Strukturerhaltende Subventionen zur Erhaltung bestimmter Produktionen, die aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähig wären. Besonders hierfür muß Maßstab der mit der Förderung erhoffte Erfolg sein.

d) Strukturändernde Subventionen, die der Umschichtung von einzelnen Unternehmen oder ganzen Wirtschaftszweigen dienen. Sie beinhalten besonders Wirtschaftsgestaltung und -lenkung.

e) Preissubventionen, die vom Staat zur Regulierung und Herabsetzung von Erzeuger- bzw. Verbraucherpreisen vergeben werden.

II. 1. Die Leistungsverwaltung hat im Laufe der Jahre für den Staatsbürger zumindest eine ebenso entscheidende Bedeutung wie

die Eingriffsverwaltung im Überkommenen Sinn erlangt. Dabei besitzt der Staat auf Grund seiner Finanzmacht wirksame Möglichkeiten zur Beeinflussung der Bürger mittels vielfältiger Förderungseinrichtungen und gezielter Maßnahmen.

a) Leistungsverwaltung hat gewährenden Charakter. Sie untergliedert sich in hoheitliche und privatrechtliche Formen, nach einer anderen Differenzierung in öffentliche Daseinsvorsorge und andere Gewährungen von Geldleistungen, worunter auch Subventionen fallen. Die Wirtschaftssubventionierung ist daher Teil der Leistungsverwaltung.

b) Die subventionäre Leistungsverwaltung bedeutet gleichzeitig Begünstigung und Belastung des Subventionsempfängers, denn einerseits stellt die Subvention einen Vorteil dar, andererseits verlangt sie ein an der vom Staatsdenken vorgegebenen Zielrichtung orientiertes Verhalten des Bürgers. Wirtschaftssubventionen befinden sich somit im Grenzgebiet zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung.

2. Wirtschaftssubventionen sind Interventionsmittel zur Beeinflussung des Wirtschaftsablaufes. Mit ihrer Vergabe wird ein im öffentlichen Interesse liegender Zweck verfolgt, wobei der private Unternehmer die wahre Triebfeder wirtschaftlicher Betätigung bleibt. Als Werkzeuge staatlicher Lenkung werden sie vom Hoheitsträger eingesetzt, um eine bestimmte finanz-, wirtschafts- oder sozialpolitische Konzeption zu verwirklichen. Entscheidendes Kriterium soll der Gewinn für das Gemeinwohl sein.

a) Der Einsatz von Subventionen wird insbesondere dann erfolgversprechend sein, wenn sich die Interessen des Staates mit denen des subventionierten Privaten in irgendeiner Form koordinieren lassen. Dabei ist die richtige Auswahl der Arten und Rechtstypen der Wirtschaftssubventionen von wesentlicher Bedeutung.

b) Bewertungsmaßstab für die Wirtschaftslenkung mittels Subventionen ist die vom Staat mit der Förderungsmaßnahme beabsichtigte Wirkung. Die Intensität ihrer Kontrolle muß mit der

Vielfalt und Kompliziertheit der Abläufe sowie der Eigenständigkeit der privaten Zweckverwirklichung wachsen.

3. Die verfassungsrechtliche Wertung ist entscheidend für die von Staatsorganen ausgehende interventionistische Wirtschaftslenkung durch Subventionen. Unter dieser Voraussetzung müssen Begünstigung und Belastung der Subventionsempfänger, Benachteiligungen nichtsubventionierter Dritter, die zutreffende Auswahl der für den Einzelfall anwendbaren Rechtstypen und die Arten der verschiedenen Wirtschaftssubventionen, aber außerdem die zahlreichen vom Subventionswesen tangierten grundgesetzlichen Bestimmungen und die Fragen hinsichtlich der Rechtsform berücksichtigt werden. Der Produktionsbegriff wird bei Wirtschaftssubventionen im Unterschied zu anderen Subventionsbereichen betont.

III. 1. Die Wirtschaftssubventionen werden durch keine ausdrückliche Kompetenz in der Verfassung gedeckt. Nachdem jedoch die Verfassung für alle Tätigkeit des Staates maßgebend ist und nicht umgekehrt, gilt es, mögliche verfassungsrechtliche Ermächtigungen für Wirtschaftssubventionen zu prüfen:

- a) Art. 9 GG gestattet wohl den in der Wirtschaft Tätigen, sich in Wirtschaftsorganisationen und Interessenverbänden zusammenzuschließen, kann aber nicht als Subventionsgrundlage verstanden werden.
- b) Art. 74 Nr. 11 GG berechtigt den Bund zu einer eigenen Wirtschaftspolitik und bestimmt die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern. Die Exekutive kann aber nicht auf Grund dieser Zuständigkeitsvorschrift anstelle des Gesetzgebers tätig werden.
- c) Art. 115 Satz 2 und 3 GG enthält eine Etatnorm, aber keine Subventionierungskompetenz.
- d) Im allgemeinen wird das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Ermächtigung zu Wirtschaftssubventionen herangezogen. Ohne die grundsätzliche Zulässigkeit von Subventionen bezweifeln zu wollen, erfährt aber bereits die Begriffsbildung "sozialer Rechtsstaat" ganz besonders im Schrifttum unübersehbare Ausdeutungsversuche.

aa) Eine erste Auffassung erkennt in Rechts- und Sozialstaat Antinomien. Das sozialstaatliche Bekenntnis hat danach keine institutionelle Bedeutung. Die Verfassungsform der Bundesrepublik sei vielmehr mit dem Begriff Rechtsstaat erschöpfend bezeichnet, das sozialstaatliche Bekenntnis stelle lediglich eine inhaltliche Determinierung dar. Eine Verbindung von Rechts- und Sozialstaat finde erst beim Zusammenspiel von Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung statt.

bb) Die andere mehrheitlich vertretene Auffassung betont die Einheit des Begriffs "sozialer Rechtsstaat". Neben die Gewährleistungen des Rechtsstaats seien die Gewährungen des sozialen Rechtsstaats getreten. Diese Staatszielbestimmung habe die Aufgabe des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung übernommen. Insofern das Sozialstaatsprinzip in den Grundrechten nähere Ausprägung erfahren habe, seien Exekutive und Rechtssprechung zum unmittelbaren Verfassungsvollzug verpflichtet, in erster Linie aber seien Ermächtigung und Auftrag zur Sozialgestaltung an den Gesetzgeber gerichtet.

cc) Der Rechtsstaat verbürgt neben dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, der Unabhängigkeit der Gerichte und der Gewaltenteilung die Beachtung der Grundrechte. Er gewährleistet den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung. Der Sozialstaat fordert die allgemeine Gleichheit zum Wohle aller, Existenzsicherung, Hilfe für sozial schwächere Bevölkerungsschichten und Ausgleich sozialer Spannungen innerhalb des Staatsvolkes. Er ist als Staat der Daseinsvorsorge ein Staat der Leistung und Verteilung, der Teilhabe gewährt und soziale Gerechtigkeit schafft.

Die evidente Polarisierung der beiden Begriffe darf nicht in einem Spannungsfeld unüberbrückbarer Gegensätze ausarten. Der dynamische Wandel des Alltags hat auch auf das Recht abgefärbt und ebenso Veränderungen der Verfassung herbeigeführt. Die Wahrung des Sozialstaatlichen ist für den modernen Rechtsstaat gleichermaßen Voraussetzung. Deswegen stehen Rechts- und Sozialstaat in sinnvoller Wechselbeziehung zueinander; die zwischen

ihnen mögliche Ergänzung kann sich aber nur aus dem Spannungsverhältnis von Freiheit und Zwang ergeben.

Die Freiheit von sozialstaatlichem Zwang erreicht der Einzelne durch die bei ihm vorausgesetzte Freiwilligkeit hinsichtlich seiner Mitwirkung bei der Schaffung der vom demokratischen Rechtsstaat erwarteten Daseinsvorsorge. In der Weise umgeht er den Verzicht auf die ihm garantierte Freiheit. Erfüllt er diese Erwartungen nicht, so erzwingt die Rechtsordnung von ihm das notwendige Mindestmaß an gemeinschaftsbezogenem Verhalten.

Die Synthese von Rechtsstaat und Sozialstaat obliegt mithin jedem Einzelnen gleichsam als sittliche Pflicht. Insofern versteht sich der "soziale Rechtsstaat" als die zeitgemäße Form des Rechtsstaats, welche den freien, selbstverantwortlichen Menschen zur Rücksichtnahme gegenüber dem Staat verpflichtet und vor dem Egoismus des Einzelnen bewahrt.

2. Wirtschaftssubventionen werden zwar über die Sozialstaatsklausel der Art. 20 I, 28 I GG gerechtfertigt, es kann aber nicht Inhalt und Sinn dieses Prinzips sein, in jedem Falle wirtschaftliche Ungleichheiten durch Subventionen kompensieren zu wollen.

a) Dem steht zudem das Subsidiaritätsprinzip als Schranke entgegen, welches Förderungsmaßnahmen erst erlaubt, wenn es die Gesamtlage aus Gründen des Gemeinwohles tatsächlich verlangt.

b) Anlaß zur Skepsis bietet auch die "Subventionsmentalität" der Wirtschaftsgruppen; der Sozialstaat kann und darf weder die Risiken der freien wirtschaftenden Tätigkeit abnehmen, noch hat er durch staatliche Leistungen die Umwandlung in einen Wohlfahrts- und Versorgungsstaat zu vollziehen.

c) Der Gehalt des Sozialstaatsprinzips im Hinblick auf Subventionen wurde demgemäß in der Vergangenheit in unzulässiger Weise beurteilt und überbeansprucht. Eine Berechtigung der Exekutive zu staatlichen Leistungen über das Sozialstaatsprinzip ohne gesetzliche Grundlage besteht nicht, da hierfür eine direkte grundgesetzliche Legitimation fehlt. Auch kann die Sozialstaatsklausel unter diesen Umständen nicht die zwar notwendige,

aber alleinige verfassungsrechtliche Grundlage für Wirtschaftssubventionen darstellen.

d) Die Neufassung des Art. 109 GG beweist, daß der Gesetz- bzw. der Verfassungsgeber nicht vor Änderungen und Neugestaltungen des GG zurückschreckt, wenn es Zeit und Notwendigkeit gebieten. Aus dieser Überlegung wird die konkrete Aufnahme der Wirtschaftssubventionen in das GG aus Gründen öffentlichen Interesses gefordert.

3. Rechtsstaatsprinzip und Gesetzmäßigkeitsprinzip gestatten der Leistungsverwaltung hinsichtlich der Subventionsvergabe keinen gesetzessfreien Vollzug, welcher in der Vergangenheit auf die überlieferte Freiheit- und Eigentum-Formel gestützt wurde. Diese Feststellung beruht auf der Kenntnis der vielgestaltigen Wirkungen des Subventionswesens sowie der Heranbildung einer überaus aktiven Leistungsverwaltung, die zahlreiche Funktionen übernommen hat, welche ursprünglich der Eingriffsverwaltung oblagen.

a) Moderne Gestaltungsmethoden wirtschaftslenkender Leistungsverwaltung können nicht über Rechtsgrundsätze erfaßt werden, die auf Interventionen in diesem Bereich nicht ausgerichtet sind. Interessenkollisionen zwischen Staat und Bürger ergeben sich besonders bei den Art. 2 I, 3 I, 12 I 2 sowie 14 GG. Die verfassungsmäßige Einzelfallregelung darf nicht Verhältnisse umfassen, welche Leistung und Gegenleistung von Staat und Bürger beinhalten. Das dualistische Argument zieht wegen des eingreifenden Charakters der Leistungsverwaltung durch Subventionen nicht mehr; es verlangt vielmehr im Umkehrschluß geradezu das Gesetz als Vorbedingung der hoheitlichen wirtschafts-subventionierenden Tätigkeit. Dem widerspricht jedenfalls nicht die Institution der freien Verwaltung, der ein selbständiges Ordnungsrecht in dem Subventionsbereich nicht zusteht.

b) Wirtschaftssubventionen, die unter der Beachtung des Gesetzesvorbehalts beschlossen werden, verhelfen des weiteren zu einer wirksameren Kontrolle der Wirtschaftsgruppen. Zudem sind Interessenverbände, wie es die Praxis gezeigt hat, auf gesetzliche Normierungen zum Zwecke der Durchsetzung ihrer Forderungen

nicht angewiesen. Der Lobby bietet eine unzulässige Machtfülle der Verwaltungsbehörden sogar die Möglichkeit der breiteren Streuung ihres Einsatzes bei der Erzwingung von Subventionen.

c) Auch Art. 113 GG widerspricht nicht dem Gesetzesvorbehalt für das Subventionswesen. Diese Vorschrift überläßt vielmehr dem Gesetzgeber die Subventionsentscheidung.

d) Das Verbot staatlicher Geschenke trifft keine Aussage zugunsten einer im gesetzesfreien Raum handelnden Leistungsverwaltung. Inhalt dieses Grundsatzes sind jedenfalls Kriterien, die bei der Vergabe von Subventionen auch im Falle einer gesetzlichen Regelung berücksichtigt werden müssen.

e) Aus den vorgenannten Gesichtspunkten bedürfen Wirtschaftssubventionen generell der gesetzlichen Grundlage. Jedoch sprechen auch folgende rechtsstaatlichen Erkenntnisse für die gesetzliche Lösung:

aa) Das Gewaltenteilungsprinzip verlangt die Aufrechterhaltung der Einsicht, daß die Gesetzgebung den beiden gesetzesvollziehenden Gewalten vorgelagert ist. Ein eigenes und unabhängiges Initiativ- und Ordnungsrecht der Exekutive mit Außenwirkung steht zu dieser verbindlichen und vorrangigen Bestimmung im Widerspruch.

bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Gemeinwohlprinzip als dessen Grundlage stellen materielle Garantieprinzipien und damit Auslegungsprinzipien dar, die in Art. 19 II GG verankert sind. Ihnen obliegt die Aufgabe, die Proportionalität zwischen Mittel und Zweck unter Berücksichtigung der tangierten Rechtsgüter und Interessen zu wahren. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweist sich als echtes Kriterium für die kalkulierbare Vergabe von Wirtschaftssubventionen.

cc) Bestimmtheit, Abstraktheit und Dauer des Gesetzes gewährleisten die Wahrung der Freiheitsrechte sowie Rechtssicherheit und Rechtsschutz.

dd) Das Publizitätsprinzip sichert u.a. öffentliche Kontrolle und Information. Dieser Grundsatz vermag nur bei dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vollends aufrechterhalten zu werden.

f) Art. 80 GG macht jegliche Rechtsverordnung der Verwaltung von einer formell-gesetzlichen Ermächtigung abhängig. Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen im Gesetz festgelegt werden. Auch die leistende Verwaltung unterliegt dieser Regelung.

g) Haushaltsgesetz, Haushaltsplan, einfache Parlamentsbeschlüsse, etatmäßige Bereitstellung der Mittel sowie unbestimmte Globalermächtigungen sind als alleinige Subventionsgrundlagen nicht geeignet. Sie vermögen Benachteiligungen einzelner zu zeitigen und begünstigen die Etat- und Richtliniensubventionierung nach dem Gießkannensystem.

4. Das Rechtsstaatsprinzip erheischt im übrigen die Beachtung der grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte.

a) Art. 1 und 2 GG stehen der Vergabe von Wirtschaftssubventionen zwar nicht entgegen, treffen jedoch konkrete Aussagen über deren inhaltliche Begrenzung.

Art. 1 GG gewährleistet wohl ein Recht auf das Existenzminimum; dieses bezieht sich jedoch nicht auf die wirtschaftende Tätigkeit. Und auch Art. 2 GG übernimmt nicht das wirtschaftliche Unternehmerrisiko.

Art. 2 I GG schützt aber den Bürger dann, wenn der Hoheitsträger sich anschickt, das subventionierte Unternehmen zu beherrschen. Dieser Schutz greift ungeachtet der Tatsache ein, daß der Geförderte sich unter teilweise Grundrechtsverzicht subventionsgerecht verhält.

Außerdem bewahrt Art. 2 I GG die nichtsubventionierte Konkurrenz vor dem Verlust der ihr zugebilligten Wettbewerbsfreiheit dann, wenn diese im Wesensgehalt des Grundrechts beeinträchtigt wird. Die gesunde Wirtschaft darf nicht durch die Subventionierung kranker Unternehmen gefährdet werden.

b) Der Gleichheitsgrundsatz nimmt innerhalb des Subventionsthemas eine Schlüsselstellung ein. Diese Position hat ihren Ursprung nicht zuletzt in der mannigfach geübten Subventionspraxis, Verwaltungsbehörden über das Förderungswesen befinden zu lassen

und sodann im Falle der Geltendmachung des Rechtsschutzes durch die Bürger den Komplex der gerichtlichen Prüfung zu überantworten.

aa) Die zwangsläufigen Verschiedenheiten der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung lassen keine absolute, sondern regelmäßig nur eine relative, proportionale Gleichheit zu. Für den förderungswürdigen Kreis von Privatunternehmen ergeben Abstrahierung und Generalisierung bezüglich ihrer Eigengesetzlichkeiten die wesentlichen Merkmale einer verhältnismäßigen Gleichheit, die am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist. Abwehrrechte der durch Subventionsmaßnahmen berührten Bürger kommen aus den Art. 2 I, 12 und 14 GG in Betracht.

bb) Eine Begrenzung dieses Bewertungsmaßstabes liefert das Willkürverbot in Verbindung mit dem Ermessensbegriff. Nachdem nur notwendige Leistungen vergeben werden dürfen, beinhaltet die Würdigkeit gleichzeitig die finanzielle Bedürftigkeit des Empfängers. Die Finanzlage des Staates ist nicht nur ausschlaggebend für eine Begrenzung, sondern auch Einschränkung der Subventionen.

cc) Gesetzgeberische und verwaltungsmäßige Subventionsentscheidungen binden die Hoheitsträger. Diese Selbstbindung verleiht benachteiligten Bürgern einen Anspruch auf willkürfreie und gleichmäßige Behandlung, zu der die öffentliche Gewalt verpflichtet ist. Das Ausmaß der Selbstbindung kann aber nur dauerhaft auf Grund förmlicher Gesetze realisiert werden. Dennoch garantiert der Gleichheitsgrundsatz kein subjektiv-öffentliches Recht des Einzelnen, vom Staate ein bestimmtes Tun oder Unterlassen hinsichtlich der öffentlichen Beihilfenpolitik zu verlangen; Gesetzgeber und Verwaltung sind lediglich verpflichtet, bei Belastungen wie bei Begünstigungen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu wahren.

c) Art. 12 I 2 GG kann nicht als tragender Grundpfeiler der Wirtschaftslenkung angesehen werden. Die Berufsfreiheit verankert jedoch Abwehrrechte dessen, der in Ausübung dieses Grundrechts durch hoheitliche Akte beeinträchtigt wird.

d) Für die Annahme einer Verletzung des Art. 14 GG bedarf es strenger Maßstäbe. Ansprüche gem. Art. 14 III GG sind gerechtfertigt, wenn durch unvorhergesehene oder unvorhersehbare Folge-

wirkungen Beeinträchtigungen Dritter auftreten.

Die Prüfung des enteignungsgleichen Eingriffs mag notwendig werden, wenn die bereitgestellten Mittel für den gesamten Empfängerkreis nicht ausreichen. Diese Konstellation erfordert entweder eine Ausdehnung der Maßnahme oder eine nochmalige Begrenzung der Subventionen nach besonderen Auswahlkriterien.

Der Empfang von Subventionen und das Vertrauen auf deren weitere Gewährung rechtfertigt auch dann keinen Eigentumsschutz, wenn in Verbindung mit eigenverantwortlicher Leistung Dispositionen getroffen wurden, die dem staatlichen Anliegen entsprechen. Einerseits bedürfen Enteignungsregelungen entsprechender Gesetze, die in Subventionsnormen nicht enthalten sind, andererseits kann der Empfang von Wirtschaftssubventionen nicht für alle Zukunft als rechtlich gesicherte Habe gelten.

IV. Die dualistische Betrachtungsweise mußte neben den Schwierigkeiten auf dem verfassungsrechtlichen Gebiet auch auf die Rechtsform der Subventionen von Einfluß sein. Das bestehende Verwaltungssystem ist jedenfalls der modernen wohlfahrtsfördernden Verwaltung inkongruent. Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die Verwaltung bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen in hoheitlichen oder privatrechtlichen Formen tätig wird.

1. Die privatrechtliche Rechtsform billigt Krediten, Bürgschaften und Realförderungen privatrechtlichen Charakter zu, weil es sich bei Subventionen um Leistungsverwaltung handle. Als maßgeblicher Vorteil dieser Theorie wird die außerordentliche Flexibilität des Privatrechts angeführt. Ihr Nachteil liegt besonders in dem völligen Fehlen der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes.

2. Ziel der gemischten Rechtsformen, einer Kombination von öffentlichem und privatem Recht, sind die Wahrung der Rechtssicherheit und Ausdehnung des Rechtsschutzes. Bedenken gegen diese Konstruktion erwachsen aus folgenden Überlegungen: In der deutschen Rechtsordnung werden öffentliches und privates Recht gemeinhin strikt voneinander getrennt; die Verschränkung von öffentlichem und privatem Recht kompliziert die Rechtsverhältnisse;

die unterschiedliche Bewegungsfreiheit des Verwaltungsträgers gefährdet Rechtssicherheit und Rechtsschutz.

a) Die maßgebende Zweistufentheorie unterscheidet nach öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Bestandteilen der Subventionsverhältnisse, zwischen hoheitlichem Entstehungsakt mittels Verwaltungsaktes und dem privatrechtlichen Erfüllungsgeschäft als bürgerlich-rechtlichem Schuldverhältnis. Ausgenommen von dieser Konstruktion ist der verlorene Zuschuß, welcher immer öffentlich-rechtlich beurteilt wird. Die Zweistufentheorie stellt in einigen Fällen die gesetzliche Regelung dar.

b) Nach der einstufig-gemischten Konstruktion wird durch einen Verwaltungsakt ein privatrechtliches Rechtsverhältnis begründet. Ihr Vorteil liegt in der einfacheren Gestaltung des Rechtsverhältnisses, ihr Nachteil in der verwirrenden Wirkung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes.

3. Als Rechtsform für den Regelfall sollte zukünftig die öffentlich-rechtliche Konstruktion gelten. Sie umfaßt subventionäre Leistungsverhältnisse auf Grund Verwaltungsaktes, verwaltungsrechtliche Verträge und gemischte Rechtsverhältnisse, die sich aus Verwaltungsakten und verwaltungsrechtlichen Verträgen zusammensetzen.

Diese Lösung schafft praktikable und klare Ergebnisse, erlaubt die einheitliche Beurteilung der Beziehungen zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger und wird dem tatsächlichen Wesen der Wirtschaftssubventionierung, eben der Wirtschaftslenkung, gerecht, das nicht in den Bahnen der Gleichordnung verläuft. Außerdem schließt die hoheitliche Natur der Leistungsverwaltung den grundrechtsfreien Vollzug der Daseinsvorsorge und der Wirtschaftssubventionierung aus, verhilft dem Art. 3 GG zu seiner Geltung und verhindert die überflüssige Komplizierung bei der Verschränkung von bürgerlichem und öffentlichem Recht. Der gesamte Komplex des Verfahrensrechts wird hierdurch erleichtert.

a) Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag können nebeneinander bestehen und miteinander kombiniert werden. Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird da angewandt, wo es gilt, die Vergaberegulierung der staatlichen Leistungen auszuhandeln. Der Verwaltungsakt wird erlassen, wo eine detaillierte gesetzliche Regelung bereits besteht.

b) Subventionen in Form des verlorenen Zuschusses ergehen als Verwaltungsakte. Die übrigen Subventionsarten werden durch verwaltungsrechtlichen Vertrag geregelt, wobei die Realförderungen durch den koordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Vertrag zustande kommen.

V. Die gesetzliche Grundlage vermag verfahrensrechtliche und organisatorische Schemata festzulegen, die Aussagen über Antrag, Bewilligung, Widerruf, Rückforderung und Ablauf der Subventionierung sowie den Rechtsweg für den Fall von Streitigkeiten treffen. Dadurch werden Rechtssicherheit und Rechtsschutz gewährleistet, Ungerechtigkeiten und Nachteile vermieden.

Grundsätzlich werden bei Streitigkeiten die Verwaltungsgerichte angerufen. Dem Bürger stehen je nach Klagebegehren die verwaltungsgerichtliche Leistungsklage, die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zur Verfügung; ebenso können gegen die hoheitliche Verwaltung die Beseitigungs- und Unterlassungsklage geltend gemacht werden.

Lebenslauf

Am 7. Dezember 1940 wurde ich als Sohn des Fabrikanten Engelbert Eichner und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Anders, in Kattowitz geboren.

Am 28. Februar 1961 bestand ich das Abitur an der Wöhler-schule, Gymnasium in Frankfurt/Main. Anschließend studierte ich in Frankfurt/Main und München Rechtswissenschaft. Im Januar 1966 legte ich in München das erste juristische Staatsexamen ab. Meinen Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beendete ich im September 1969 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung.

Seit Oktober 1969 bin ich in einem Unternehmen der privaten Wirtschaft tätig. Im Mai 1971 wurde ich als Rechtsanwalt in Coburg zugelassen.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 7. Juli 1972.

DIFO-DRUCK SCHMACHT - BAMBERG RUF:62216